

DIE "GNADENWEISE" STRAFTILGUNG
NACH § 8 DES STRAFTILGUNGSGESETZES

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Rudolf Gesser
Assessor aus Hanau

Marburg
1968

Druck von Schwarzbold in Witterschlick

DIE "GNADENWEISE" STRAFTILGUNG
NACH § 8 DES STRAFTILGUNGSGESETZES

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Rudolf Gesser
Assessor aus Hanau

Marburg
1968

Druck von Schwarzbold in Witterschlick



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissen-
schaftlichen Fakultät angenommen am: 8. Dezember 1967

Berichterstatter: Professor Dr. Hall

Mitberichterstatter: Professor Dr. Schwinge

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1968

G l i e d e r u n g

	<u>Seite:</u>
A. Einleitung	1
B. Vorzeitige Anordnung der Straftilgung nach § 8 Straftilgungsgesetz	8
I. Zuständigkeit	8
II. Die "kann"-Bestimmung des § 8 Straftil- gungsgesetz	8
1. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. I Grund- gesetz	9
2. Maßnahmen nach § 8 Straftilgungsge- setz als Gnadenakte	10
3. Der überkommene Gnadenbegriff	20
4. Bedenken gegen die überkommene Defi- nition	22
5. Gnadenakte als Ermessensausübung	28
6. Kriterien der Anwendung des § 8 Straf- tilgungsgesetz auf Heranwachsende	35
III. Der Rechtsschutz gegen die Versagung einer Maßnahme nach § 8 Straftilgungs- gesetz	36
1. Rechtsschutz gegen die Versagung von Gnadenakten	37
2. Vorausgehendes Beschwerdeverfahren	40
3. Erforderlichkeit der Belehrung über den Rechtsbehelf	43
4. Geltendmachung einer Rechtsverletzung	44
a) Formelles subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensaus- übung	45
b) Materielles subjektives öffentli- ches Recht auf Begnadigung	49
C. Die Wirkungen der Straftilgung	52
I. Die Ausnahmenvorschrift des § 4 Abs. IV Satz 3 Straftilgungsgesetz	52
1. Zuständigkeit	52
2. Pflicht des Angeklagten, im Strafpro- zeß Angaben über getilgte Vorstrafen zu machen	54

3. Pflicht des Zeugen, im Strafprozeß Angaben über getilgte Vorstrafen zu machen	60
4. Die "besonderen Gründe" des § 4 Abs. IV Satz 3 Straftilgungsgesetz	60
a) Verwertung zuungunsten des Angeklagten	61
aa) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	61
bb) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	66
cc) Zulässigkeit der Verwertung zu Beweiszwecken	74
b) Verwertung zuungunsten des Zeugen	76
aa) Prüfung der Glaubwürdigkeit	77
bb) Beteiligung des Zeugen an der den Gegenstand des Strafverfahrens bildenden Tat	78
cc) Prüfung der Eidesfähigkeit	80
aaa) Tilgung der Verurteilung trotz Eidesunfähigkeit	80
bbb) Vereinbarkeit des § 161 StGB mit Art. 3 der Menschenrechtskonvention	85
5. Generelle Bedenken gegen die Ausnahmenvorschrift des § 4 Abs. IV Satz 3 Straftilgungsgesetz	93
a) Ausschließung der Öffentlichkeit bei Erörterung getilgter Vorstrafen	94
b) Streichung der Ausnahmenvorschrift	95
II. Die Wirkungen der Straftilgung außerhalb eines neuen Strafverfahrens	96
1. Auswirkungen auf Nebenstrafen und Nebenfolgen der Verurteilung	97
2. Auswirkungen im Beamtenrecht	99
3. Auswirkungen auf Sicherungsmaßregeln	106
4. Auswirkungen im bürgerlichen Recht	107
5. Schutz des Verurteilten gegen das Vorwerfen der getilgten Verurteilung	112
III. Empfehlung, die österreichische Regelung zu übernehmen	116

S c h r i f t t u m

- Altenhain Gustav Altenhain: Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt vom 12.6.1962 - 1 VAs 10/62, NJW 1963, 121
- Altmann-Jacob Ludwig Altmann/Siegfried Jacob: Kommentar zum Österreichischen Strafrecht, II. Band, 1930
- Bachof Otto Bachof: Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951
- Bachof, GedSchr. Otto Bachof: Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 287 ff
- Bachof Otto Bachof: Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes, DRZ 1950, 341 ff
- Bachof Otto Bachof: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97 ff
- Bachof Otto Bachof: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, 334 ff
- Bettermann Karl August Bettermann: Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, Band 3, 2. Halbband, 1959, S. 779 ff
- Brauser Reinhold Brauser: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.1.1965 - 1 StR 497/64, NJW 1965, 1088
- Bühler Ottmar Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914

- Burchardi-Klempahn Karl Burchardi/Gerhard Klempahn: Strafregister, Führungszeugnis und Kartellen, 3. Aufl. 1960
- Costa H. Costa: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.6.1954 - 1 StR 451/53, JR 1955, 68 f
- Costa H. L. Costa: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.2.1955 - 1 StR 711/54, MDR 1955, 502
- Creifelds Creifelds: Anmerkung zum Urteil des VwG Berlin vom 3.10.1952 - VG I a 263/52, NJW 1953, 718 f
- Dahm Georg Dahm: Anmerkung zum Urteil des BVwG vom 21.2.1957 - II C 62/55, DVBl. 1957, 459 f
- Dallinger-Lackner Wilhelm Dallinger/Karl Lackner: Jugendgerichtsgesetz mit den ergänzenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder, 2. Aufl. 1965
- Delaquis Delaquis: Begnadigung, in: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von Karl Freiherr von Stengel, 2. Aufl. herausgegeben von Max Fleischmann, Erster Band, 1911, S. 374 ff
- Dohna Alexander Graf zu Dohna: Das Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1925
- Dünnebier Hans Dünnebier: Möglichkeiten der Rehabilitation durch strafregisterliche Maßnahmen, JZ 1958, 713 ff
- Dürig Günter Dürig: Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg vom 23.9.1960 - Bf I 203/59, JZ 1961, 166 f
- E 1962 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) - E 1962 - mit Begründung, Bundesratsvorlage, Bundesrat-Drucksache 200/62
- Echterhölter Rudolf Echterhölter: Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, JZ 1956, 142 ff

- Endemann Helmut Endemann: Pflicht zur Offenbarung getilgter Vorstrafen? Die Bedeutung einer Vorstrafe für das Erfordernis der Ehrbarkeit im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen, BB 1955, 509 f
- Eyermann-Fröhler Erich Eyermann/Ludwig Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 1965
- Förster Hans Förster: Zur Neuordnung des Gnadenwesens, JR 1950, 609 ff
- Forsthoff Ernst Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1961
- Geerds Friedrich Geerds: Gnade, Recht und Kriminalpolitik, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 228/229 (1960)
- Geyer Geyer: Begnadigung, in: Rechtslexikon, herausgegeben von Franz von Holtzendorff, Erster Band, 3. Aufl. 1880, S. 254 ff
- Giese F. Giese: Anmerkung zum Beschluß des LVG Minden vom 30.7.1951 - I K 128/51, JZ 1952, 491
- Götz Albrecht Götz: Vorzeitige Anordnung von Strafregistervergünstigungen, NJW 1963, 1815 ff
- Gottwald Wolfgang Gottwald: Darf der Strafrichter getilgte Vorstrafen in einem späteren Strafverfahren noch berücksichtigen? JR 1950, 109 ff
- Grewe Wilhelm Grewe: Gnade und Recht, 1936
- Gürtner Gürtner: Das Problem der Vorstrafenregistrierung; Vortrag des Reichsministers der Justiz Dr. Gürtner auf der Jahresversammlung des Deutschen Reichsverbandes für Straffälligenbetreuung und Ermittlungshilfe in Breslau am 4. Mai 1939; DJ 1939, 816 ff

- Guradze Heinz Guradze: Anmerkung zum Urteil des AG Wiesbaden vom 25.1.1963 - 2 Ms 72/62, NJW 1963, 965 f
- Hartung Fritz Hartung: Das Strafregister; Gesetz über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken; Strafregisterverordnung mit den das Strafregisterwesen betreffenden Vorschriften des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Jugendgerichtsgesetzes und des Rechtshilfegesetzes, 2. Aufl. 1963
- Hartung Fritz Hartung: Die materiellen Wirkungen der Tilgung von Strafvermerken, JR 1952, 42 ff
- Hartung Fritz Hartung: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.6.1954 - 1 StR 451/53, NJW 1955, 393 ff
- Hartung Fritz Hartung: Entziehung der Fahrerlaubnis und Strafregister, NJW 1964, 81 ff
- Hauelsen Hauelsen: Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, DVBl. 1952, 521 ff
- Huber I Ernst Rudolf Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, 2. Aufl. 1953
- Huber II Ernst Rudolf Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Band, 2. Aufl. 1954
- Humborg Franz-Egon Humborg: Der Ausschluß der Öffentlichkeit bei der Vorstrafenerörterung, NJW 1966, 1015 ff
- Ipsen Hans Peter Ipsen: Gleichheit, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, Band 2, 1954, S. 111 ff
- Jellinek Walter Jellinek, Buchbesprechung, AöR 32, 580 ff

- Jellinek Jellinek in einer Aussprache über das
Thema: Tragweite der Generalklausel in
Art. 19 Abs. IV GG; Verhandlungen der
Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer
zu Heidelberg am 20. und 21. Oktober 1949;
VVDStRL Heft 8 (1950), 159 ff
- Kern Eduard Kern: Die Verdrängung des Rechts
durch die Gnade, ZStW Bd. 4 (1922), 588 ff
- Klinger Hans Klinger: Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar, 1960
- KMR Theodor Kleinknecht/Hermann Müller/Leonhard
Reitberger: Kommentar zur Strafprozeßord-
nung und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
6. Aufl. herausgegeben von Hermann Müller
und Walter Sax, 1966
- Koehler Alexander Koehler: Verwaltungsgerichtsord-
nung, 1960
- König Manfred König: Grundrechtsbindung und ge-
richtliche Nachprüfung von Gnadenakten,
Tübinger Dissertation, 1961
- Kohlhaas Max Kohlhaas: Die getilgte Vorstrafe und
die Pflicht zu ihrer Offenbarung in der
Hauptverhandlung, NJW 1953, 851 f
- Kohlhaas Max Kohlhaas: Die Rehabilitierung Straf-
fälliger, DRiZ 1957, 177 ff
- Laband Paul Laband: Das Staatsrecht des Deutschen
Reiches, Dritter Band, 5. Aufl. 1913
- Leibholz Gerhard Leibholz: Die Gleichheit vor dem
Gesetz, 2. Aufl. 1959
- Leibholz Gerhard Leibholz: Die Gleichheit vor dem
Gesetz und das Bonner Grundgesetz, DVBl.
1951, 193 ff
- LK Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar),
8. Aufl. 1957
- Loening Hellmuth Loening: Regierungsakt und Ver-
waltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, 233 ff

- Löwe-Rosenberg I Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Erster Band, 21. Aufl. 1963
- Löwe-Rosenberg II Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Zweiter Band, 21. Aufl. 1965
- Mang-Maunz-Mayer-Obermayer Johann Mang/Theodor Maunz/Franz Mayer/Klaus Obermayer: Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl. 1964
- v. Mangoldt Hermann von Mangoldt: Das Bonner Grundgesetz, 1953
- v. Mangoldt-Klein Hermann von Mangoldt: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. von Friedrich Klein, Band I, 1966
- Mannheimer Ludwig Mannheimer: Zum Gnadenrecht des Bundespräsidenten in Disziplinarsachen, JR 1956, 327 f
- Maunz Theodor Maunz: Deutsches Staatsrecht, 13. Aufl. 1964
- Maunz-Dürig Theodor Maunz/Günter Dürig: Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 1 - 8, 1966
- Maurach Reinhart Maurach: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1965
- Mayer Albrecht Mayer: Nochmals: Die getilgte Vorstrafe und ihre Offenbarung in der Hauptverhandlung, NJW 1954, 501
- H. Mayer Hellmuth Mayer: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1953
- Menger Christian-Friedrich Menger: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VwArch. 1960, 64 ff
- Menger Menger: Anmerkung zum Urteil des BVwG vom 27.2.1957 - I C 165/55, DVBl. 1957, 683 f

- Meyer-Anschütz Georg Meyer: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. bearbeitet von Gerhard Anschütz, 1919
- Müller Klaus Müller: Zur Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen, DVBl. 1963, 18 ff
- Naumann Naumann, Buchbesprechung, DVBl. 1951, 583 f
- Nüse Karl-Heinz Nüse: Zur Frage der Reform des Gnadenrechts, MDR 1951, 71 ff
- Oetker F. Oetker: Die Rehabilitation Verurteilter und das Österreichische Gesetz vom 21. März 1918 über die Tilgung der Verurteilung, in: Der Gerichtssaal, Band 87, 161 ff
- Peters Karl Peters: Strafprozeß, ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1966
- Pfeifer Helfried Pfeifer: Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für Österreich, in: Festschrift für Karl Gottfried Hugelmann, herausgegeben von Wilhelm Wegener, Band I 1959, S. 399 ff
- Pohlmann-Hasemann Hans Pohlmann/Karl G. Hasemann: Strafvollstreckungsordnung, Kommentar, 3. Aufl. 1959
- Potrykus Gerhard Potrykus: Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1955
- Roxin Claus Roxin: Zur straf- und verfassungsrechtlichen Problematik der Eidesunfähigkeit, JZ 1965, 558 ff
- Schäfer-Hellwig Leopold Schäfer/Albert Hellwig: Straftilgungsgesetz und Strafregisterverordnung, 1926
- Eb. Schmidt Eberhard Schmidt: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957
- Eb. Schmidt Eberhard Schmidt: Begnadigung und Amnestie in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, 2. Band 1932, S. 563 ff

- Schneider Hans Schneider: Gerichtsfreie Hoheitsakte, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 160/161 (1951)
- Schönke-Schröder Adolf Schönke/Horst Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl. 1965
- Schorn Hubert Schorn: Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in strafgerichtlicher Praxis, DRIZ 1963, 339 ff
- Schultz Günther Schultz: Blick in die Zeit, MDR 1957, 77 ff
- Schwarz-Kleinknecht Otto Schwarz/Theodor Kleinknecht: Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 26. Aufl. 1966
- Seibertz Seibertz: Vorbestrafte in Vertrauensstellungen? DR 1942, 559 f
- Seitter Oswald Seitter: Die Rechtsnatur des Gnadenakts, Tübinger Dissertation, 1962
- Sieverts Rudolf Sieverts: Die Strafregistrierung bei Jugendlichen und ihre Reformbedürftigkeit, ZStW Band 57 (1938), 771 ff
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Erster Band, 9. Aufl. 1959
- Staudinger J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, IV. Band - Familienrecht, Teil 3 a (§§ 1589 - 1698 b), 10./11. Aufl. 1966
- Tietgen Walter Tietgen: Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, NJW 1956, 1129 ff
- Ule Carl Hermann Ule: Verwaltungsprozeßrecht, ein Studienbuch, 4. Aufl. 1966
- Wachenfeld Wachenfeld: Rehabilitation und Verjährung, GA Band 54 (1907), 161 ff

- Wachinger Wachinger: Die Wirkungen der Tilgung eines Strafvermerks vor und nach der Verordnung vom 17. November 1939, DJ 1940, 863 ff
- Wahl Alfons Wahl: Gnadenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1954
- Wahl Alfons Wahl: Begnadigung und Amnestie, in: Staatslexikon, herausgegeben von der Görres-Gesellschaft, Erster Band, 6. Aufl. 1957, S. 991 ff
- Wolff Hans J. Wolff: Verwaltungsrecht I, ein Studienbuch, 6. Aufl. 1965

A b k ü r z u n g e n

AO	Reichsabgabenordnung vom 22.5.1931 (RGBl. I, 161)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis - Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BFH	Bundesfinanzhof
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHSt.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BStBl. III	Bundessteuerblatt, Teil III
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DJ	Deutsche Justiz
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DRIZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) - E 1962 - mit Begründung, Bundesratsvorlage, Bundesrat-Drucksache 200/62
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungs- gesetz vom 27.1.1877 (RGBl. S. 77)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht

GewO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21.6.1899 in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.7.1900 (RGBl. S. 871) unter Berücksichtigung der Fassung in BGBl. III, 7100 - 1
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl. S. 1)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JGG	Jugendgerichtsgesetz vom 4.8.1953 (BGBl. I, 751)
JMB1.	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht Berlin
LVG	Landesverwaltungsgericht
MdJ	Minister der Justiz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MinBl.	Ministerialblatt
MRK	Menschenrechtskonvention = Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (BGBl. II, 685 und 953)
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGSt.	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht, herausgegeben von W. Ullrich und M. Kohlhaas
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster, sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg, herausgegeben von Mitgliedern der Gerichte
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdErl.	Runderlaß

RegBl.	Regierungsblatt
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnote
StRegVO	Strafregisterverordnung vom 17.2.1934 (RGBl. I, 140)
StTG	Straftilgangsgesetz = Gesetz über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken vom 9.4.1920 (RGBl. S. 507)
StVollstrO	Strafvollstreckungsordnung, in Hessen eingeführt, bzw. geändert durch RdErl. vom 28.2.1956 (JMB1. S. 27); RdErl. vom 1.6.1965 (JMB1. S. 256); RdErl. vom 2.9.1965 (JMB1. S. 370).
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwArch.	Verwaltungsarchiv
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGB1. I, 17)
VwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von G. Ziegler
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

A. Einleitung

"Die Bedeutung einer strafgerichtlichen Verurteilung erschöpft sich nicht in den Straffolgen, die das Gericht dem Verurteilten auferlegt oder die sich kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift an die Tatsache der Bestrafung knüpfen. Die Bestrafung heftet vielmehr dem Verurteilten nach der Auffassung des Volkes einen Makel an, der ihn unter Umständen weit schlimmer und nachhaltiger trifft als das Strafübel selbst."¹⁾ Regelmäßig sieht sich der entlassene Strafgefangene gebrandmarkt, von einer Mauer des Mißtrauens umgeben und in seiner gesellschaftlichen Stellung und wirtschaftlichen Existenz bedroht. Dieses abwertende Urteil der Umwelt beschränkt sich meistens auch nicht auf den Verurteilten, sondern erfaßt ebenso seine Familie oder sonstige ihm nahestehende Personen.²⁾

Wenngleich dieses Vorurteil zu einem nicht unbeträchtlichen Teil auf einem gewissen "Pharisäertum" beruhen mag, so stützt es sich zum anderen doch auch - und nicht zu Unrecht - auf die immer wieder festgestellte Rückfälligkeit von Verurteilten. Darüber hinaus liegt die Ächtung des Vorbestraften aber auch darin begründet, daß, wie die Begründung zum Straftilgungsgesetz ausführt³⁾, "die Strafgesetze ein Niederschlag der Sittengesetze des Volkes sind und daß der, der ... gegen das Gesetz verstos-

1) Amtliche Begründung des Entwurfes des Straftilgungsgesetzes = Gesetz über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken vom 9.4.1920 (RGBl. S. 507); zitiert nach Schäfer-Hellwig, S. 67

2) Ähnlich Hartung, S. 9

3) zitiert nach Schäfer-Hellwig, S. 67

sen hat, durch diesen Verstoß einen sittlichen Mangel bewiesen hat, der ihn in der Achtung seiner Volksgenossen herabsetzt. Diese Volksauffassung tritt umso stärker in Erscheinung, je mehr die Strafgesetze mit den sittlichen Auffassungen des Volkes übereinstimmen und je stärker das sittliche Gefühl des Volkes entwickelt ist."

Diese Angst vor der sozialen Diffamierung kann eine wirksame Hemmung sein, die sich den zum Verbrechen treibenden Motiven entgegenstellt. Deshalb hat der Staat lebhaftes Interesse daran, "daß sich die soziale Reaktion gegen das Verbrechen stark erhalte, um für die Zukunft den Verurteilten selbst und andere von Verbrechen fernzuhalten."⁴⁾ Diesem Ziele dient mittelbar auch die Eintragung der Verurteilung im Strafregister⁵⁾, wenngleich mit der Einrichtung dieser Register ursprünglich ein anderer Zweck verfolgt worden war. Primär wurden sie nämlich in der Erkenntnis geschaffen, daß sowohl für die Schuld-, wie auch für die Strafzumessungsfrage die Kenntnis der Persönlichkeit des Täters und damit auch das Wissen um eventuelle Vorstrafen von ausschlaggebender Bedeutung sei.⁶⁾ Außerdem erhält die Öffentlichkeit auch regelmäßig keine Kenntnis vom Inhalt des Registers, weil Auskunft lediglich den Organen des Staates erteilt wird.⁷⁾ Gleichwohl entfaltet der Vermerk im Strafregister mittelbar aber auch Wirkungen im Privatleben des Verurteilten, soweit aus den sogenannten polizeilichen Listen, die ihrer-

4) Hartung, S. 10

5) vgl. § 2 StRegVO

6) Schäfer-Hellwig, S. 13 f.

7) § 32 StRegVO

seits auf dem Strafregister beruhen, in der Form der "Führungszeugnisse" Auskunft auch an Privatpersonen erteilt wird.⁸⁾ Und aufgrund der Existenz dieser Führungszeugnisse mag der Eintragung im Strafregister eine gewisse verbrechensverhütende Wirkung zukommen.

Indessen wird doch in vielen Fällen auch die Angst vor sozialer Diffamierung den potentiellen Täter nicht von der Begehung der geplanten Tat abhalten, wie überhaupt jeder Täter glaubt, gerade seine Tat werde nicht aufgedeckt werden. Der generalpräventiven Wirkung des Strafvermerks dürfte daher ein allzu großer Erfolg kaum beschieden sein. Auf der anderen Seite ist die Eintragung im Strafregister jedoch geeignet, demjenigen, der sich nicht hat abschrecken lassen und der wegen einer Straftat verurteilt worden ist, zeitlebens großen Schaden zuzufügen. Denn "nicht selten tritt ... in der Bewertung von Vorstrafen eine starke Überspannung zutage. Es besteht die Neigung, die Tatsache einer Bestrafung, mag sie auch noch so weit zurückliegen und nach Auffassung aller Verständigen ihre Bedeutung längst verloren haben, zum alleinigen Gradmesser für die Beurteilung einer Persönlichkeit zu machen und zwischen Bestraften und Unbestraften eine starke Grenzlinie zu ziehen. Eine solche schematische Auffassung des Wesens der Vorstrafe bedeutet eine unbillige Härte gegen den Verurteilten, dessen ganzes Leben hierdurch unter Umständen zerstört wird; sie führt aber auch zu einer schweren Schädigung des Gemeinwohls. Wer nach erstandener Strafe eben um der Bestrafung willen überall verschlossene Tü-

8) vgl. die im wesentlichen noch heute geltenden Runderlasse des Reichsministers des Innern bei Hartung, Anh. VI

ren findet, wer sich trotz redlichen Bemühens durch die Tatsache, daß er einmal gefehlt und Strafe erlitten hat, immer wieder der allgemeinen Mißachtung preisgegeben und im Daseinskampf behindert sieht, der muß letzten Endes die Hoffnung und damit den Antrieb verlieren, sich eine geachtete Stellung im Leben wieder zu erobern, und wird so auf die Bahn des Verbrechens zurückgestoßen."⁹⁾

An dieser Diffamierung des Verurteilten durch die Allgemeinheit vermag der Staat zwar kaum etwas zu ändern; er kann insbesondere dem Verurteilten die ihm versagte Achtung seiner Umwelt nicht erzwingen. Indessen hat das Straftilgungsgesetz einen Weg gefunden, diese übertriebene "soziale Reaktion" wenigstens zu mildern, indem es dazu beiträgt, die Erinnerung an die Verurteilung nach und nach in Vergessenheit geraten zu lassen. Wenn nämlich nach Ablauf gewisser Fristen nicht eine neue Verurteilung im Strafregister eingetragen worden ist, wird über die bisherige Verurteilung zunächst nur noch in beschränktem Umfang Auskunft erteilt, und nach Ablauf einer weiteren Frist wird die Eintragung im Register vollständig getilgt.¹⁰⁾

Um den straffällig gewordenen Jugendlichen und Heranwachsenden die Einordnung in das Sozialleben, die Sinn jeder Jugendstrafrechtspflege sein muß, zu erleichtern, gewährt ihnen das Jugendgerichtsgesetz gegenüber Erwachsenen eine noch günstigere Stellung. So sind u. a.¹¹⁾ die Fristen erheblich verkürzt wor-

9) Amtliche Begründung zum Straftilgungsgesetz, zit. nach Schäfer-Hellwig, S. 67

10) §§ 1, 2 StTG

11) näher dazu Hartung, Vorbem. zu § 94 JGG und § 95 JGG, Anm. 1

den¹²⁾, und darüber hinaus ist auch schon vor Ablauf der Fristen der Strafmakel für beseitigt zu erklären, wenn der Jugendrichter die Überzeugung erlangt hat, daß sich der Jugendliche durch einwandfreie Führung als rechtschaffener Mensch erwiesen hat.¹³⁾ Die Beseitigung des Strafmakels durch Richterspruch hat zur Folge, daß über die Verurteilung nur noch dem Strafrichter und dem Staatsanwalt auf deren ausdrückliches Ersuchen und nur zu Strafverfolgungszwecken Auskunft erteilt wird.¹⁴⁾ Die Verurteilung wird jedoch nicht getilgt¹⁵⁾, so daß sie auch weiterhin rückfallbegründend wirken kann.¹⁶⁾ Überdies kann die Beseitigung des Strafmakels unter bestimmten Voraussetzungen auch widerrufen werden.¹⁷⁾

Diese Vorschriften gelten für 18 - 21jährige jedoch nur dann, wenn Jugendstrafe verhängt oder die Schuld des Jugendlichen festgestellt wurde.¹⁸⁾ Wird auf diese Heranwachsenden Erwachsenenstrafrecht angewandt¹⁹⁾, dann werden sie auch bezüglich der Strafregistrierung Erwachsenen gleichgestellt. Weder kommen sie in den Genuß der verkürzten Fristen des Jugendgerichtsgesetzes, noch besteht die Möglichkeit, bereits vor Ablauf der Fristen den Strafmakel für beseitigt zu erklären. Eine Beseitigung der Verurteilung im Strafregister kann vielmehr außerhalb der Fristen nur nach dem für das Erwachsenenstraf-

12) vgl. § 95 JGG und §§ 6, 7 StTG

13) §§ 97 ff. JGG

14) § 100 Abs. II JGG

15) § 100 JGG erklärt nicht auch § 5 Abs. II StTG für anwendbar. Vgl. Hartung, § 100 JGG, Anm. 3 b

16) § 5 Abs. II StTG

17) § 101 JGG

18) § 111 JGG

19) vgl. § 105 JGG

recht maßgebenden § 8 StTG erfolgen. Nach dieser Vorschrift können der Reichsminister der Justiz und die von ihm bezeichneten Stellen in Fällen, in denen die Voraussetzungen der beschränkten Auskunft oder der Tilgung nicht vorliegen, diese Maßnahmen anordnen, wenn dadurch staatliche Interessen nicht gefährdet werden. Diese Regelung ist zwar im Ergebnis weitergehend als die Beseitigung des Strafmarkels durch Richterspruch nach §§ 97 ff. JGG, weil sie auch die rückfallbegründende Wirkung der Verurteilung beseitigt²⁰⁾; in den Voraussetzungen ist sie jedoch enger, weil unbestimmter.

Auch wenn Heranwachsende nach Erwachsenenstrafrecht verurteilt wurden, weil sie die nötige Reife hatten oder weil ihre Straftat keine typische Jugendverfehlung darstellte²¹⁾, so sind sie bezüglich der diffamierenden Wirkungen der Verurteilung doch nicht weniger schutzwürdig als andere Heranwachsende, die nach Jugendstrafrecht verurteilt wurden und denen deshalb die kürzeren Fristen und außerdem die Möglichkeit der vorzeitigen Beseitigung des Strafmarkels zugute kommen. Zwar läßt das Gesetz insoweit eine Gleichstellung von Jugendlichen und Heranwachsenden nicht zu, und an dieser Regelung läßt sich nicht deuteln. Jedoch soll untersucht werden, ob die nach § 8 StTG zuständige Behörde in ihrer Entscheidung, eine Vergünstigung zu gewähren oder zu versagen, wirklich so frei ist, wie es den Anschein hat, oder ob sich nicht wenigstens gewisse Richtlinien aufstellen lassen, die schon deshalb nötig sind, um eine allzu ungleichmäßige Handhabung der Bestimmung durch die verschiedenen Justizverwaltungsbehörden der Länder zu vermeiden. Dieser Un-

20) § 5 Abs. II StTG

21) vgl. § 105 JGG

tersuchung soll der erste Teil der Abhandlung dienen.

Im zweiten Teil sollen sodann die Wirkungen der Straftilgung untersucht werden. Sie sind im Jugendstrafrecht dieselben wie im Erwachsenenstrafrecht, weil die Vorschriften des ersteren auf die des letzteren verweisen.²²⁾

22) §§ 94 Abs. I, 100 Abs. I JGG;
§§ 4 Abs. IV, 5 Abs. II StTG

B. Vorzeitige Anordnung der Straftilgung nach § 8 StTG

Gemäß § 8 Abs. I StTG können der Reichsminister der Justiz und die von ihm bezeichneten Stellen in Fällen, in denen die Voraussetzungen der Tilgung nicht vorliegen, diese Maßnahme anordnen, wenn dadurch staatliche Interessen nicht gefährdet werden.

- I. Es besteht Einigkeit unter den Landesjustizverwaltungen, daß der durch die Verordnung vom 27.11.1939²³⁾ gestrichene Absatz III des § 8 StTG nach dem Übergang der Justizhoheit auf die Länder als wieder geltend zu erachten ist, wonach für die Anordnung die oberste Justizverwaltungsbehörde des Landes zuständig ist, in dessen Bezirk das Strafregister geführt wird; zuständig für das Bundesstrafregister ist der Bundesjustizminister. Da die Anordnung jedoch ein aus der Aufsicht über das Strafregister sich ergebender Staatshoheitsakt ist, müßte es genauer heißen: "die oberste Justizverwaltungsbehörde, die die Aufsicht über das Strafregister führt"; auch darüber, daß die Vorschrift in dieser Weise zu lesen ist, besteht Einigkeit²⁴⁾. Dementsprechend hat z. B. der Hessische Minister der Justiz durch Erlaß vom 7.6.1946²⁵⁾ bestimmt, daß die einschlägigen Verfügungen des Reichsjustizministers²⁶⁾ nicht mehr anzuwenden seien und daß für Anordnungen nach § 8 StTG der Justizminister zuständig sei.

- II. Gemäß § 8 Abs. I StTG kann also die Landesjustizverwaltung vorzeitige Tilgung anordnen, wenn dadurch

23) RGBl. I, 2254

24) zum ganzen Fragenkreis Hartung, § 8 StTG, Anm. 6 c

25) siehe Hartung, Anh. II B 6

26) siehe Hartung, Anh. II A

staatliche Interessen nicht gefährdet werden.

Staatliche Interessen - das ist das Interesse des Staates daran, bei erneuter Straffälligkeit eines schon einmal Verurteilten eventuell Hinweise für die Ermittlungen zu erhalten und Anhaltspunkte für die Strafzumessung zu finden, so, wie es das Gesetz beispielsweise in § 244 StGB ausdrücklich vorschreibt: Rückfallsdiebstahl wird wegen des höheren Schuldgehaltes der Tat härter bestraft als der erste Diebstahl. Daneben - dem Zweck des Strafregisters eigentlich fremd - steht die Intention, im Interesse der Allgemeinheit Personen, die sich gegen die Rechtsordnung aufgelehnt haben, dadurch von Vertrauensstellungen fernzuhalten, daß Kenntnis von früheren Verurteilungen auf dem Wege über die polizeilichen Führungszeugnisse erlangt werden kann²⁷⁾.

1. Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. I StTG ist es der Landesjustizverwaltung völlig freigestellt, ob sie auch in solchen Fällen, in denen der vorzeitigen Tilgung der Strafe staatliche Interessen nicht entgegenstehen, eine solche Anordnung trifft oder nicht, und nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der Behörde auch völlige Entschließungsfreiheit gegeben werden²⁸⁾. Diese Regelung könnte mit Art. 2 Abs. I GG unvereinbar sein.

Art. 2 Abs. I GG garantiert das Recht, sich innerhalb der verfassungsmäßigen Rechtsordnung²⁹⁾ frei zu entfalten. Diese dem Rechtsstaatsprinzip verpflicht-

27) Hartung, § 8 StTG, Anm. 3

28) Amtliche Begründung zu § 8 StTG, zitiert nach Hartung, § 8 StTG, Anm. 2

29) BVerfGE 6, 32 (42)

tete Rechtsordnung gebietet, daß der Gesetzgeber die staatlicher Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzt und dies nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überläßt³⁰⁾. Hiergegen könnte der Gesetzgeber in § 8 StTG verstoßen haben.

Indessen stellt die Versagung der vorzeitigen Tilgung einer Strafe im Strafregister überhaupt keinen Eingriff dar. Der Eingriff erfolgt vielmehr bereits in einem zeitlich vorangehenden Stadium, nämlich durch das eine Strafe verhängende Urteil, zu dessen Nebenfolgen auch die Eintragung der Verurteilung im Strafregister zählt³¹⁾. Der Eingriff durch das Urteil aber begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn Freiheitsstrafen und sonstige freiheitsentziehende Maßnahmen werden durch Art. 2 Abs. II GG gedeckt, wonach in die Freiheit der Person auf Grund eines Gesetzes - hier des Strafgesetzbuches - eingegriffen werden darf.³²⁾ Vermögensstrafen und sonstige strafrechtliche Vermögensentziehungen aber sind auf Grund des Art. 14 Abs. I Satz 2 GG gerechtfertigt, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden.³³⁾ Durch die Ablehnung einer Vergünstigung gemäß § 8 StTG kann mithin niemand in der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne des Art. 2 Abs. I GG gehindert werden.³⁴⁾

2. Eröffnet aber § 8 StTG die Möglichkeit, in Ausnahmefällen Rechtsfolgen einer strafgerichtlichen Verur-

30) BVerfGE 8, 71 (76)

31) Förster, JR 1950, 615

32) Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. I GG, Rn. 77

33) Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. I GG, Rn. 77

34) vgl. bezüglich der Versagung von Gnadenakten König, S. 127

teilung zu beseitigen, so könnte diese Regelung sich materiell als Gnadenakt darstellen. Sollte dies der Fall sein, so wäre weiter zu untersuchen, ob sich vom Wesen der Gnade her gewisse Beschränkungen bei der Gewährung oder Versagung der Vergünstigung finden lassen.

In den Verfassungen des Bundes und der Länder ist zwar die Zuständigkeit für den Erlass von Gnadenakten geregelt, der Begriff "Gnade", bzw. "Gnadenakt" aber nicht definiert. Von jeher verstand man jedoch unter Begnadigung die Beseitigung der Rechtsfolgen einer Straftat³⁵⁾. Diese Definition kehrt auch in § 3 der Gnadenordnung³⁶⁾ vom 6.2.1935 (DJ S. 203)³⁷⁾ wieder, deren Verfahrensregelungen allerdings auf die Straftilgung nicht anwendbar sind. Danach umfaßt das Gnadenrecht die Befugnis, "rechtskräftig erkannte Strafen" und "die Nebenstrafen sowie die Nebenfolgen, die im Strafurteil ausgesprochen sind oder sich aus ihm kraft gesetzlicher Vorschrift ergeben", zu erlassen. Nahezu gleichlautende Definitionen enthalten die Gnadenordnungen der Länder.³⁸⁾

Nebenfolge der strafgerichtlichen Verurteilung ist aber auch die Eintragung im Strafregister. Ebenso wie

35) Delaquis in Wörterbuch, S. 374, § 1; Geyer in Rechtslexikon, S. 254; Eb. Schmidt in Anschütz-Thoma, S. 563; Wahl in Staatslexikon, S. 991; Meyer-Anschütz, § 175, S. 747; enger Laband, § 93, S. 505: Erlass oder Milderung einer durch rechtskräftiges Urteil zuerkannten Strafe.

36) Verordnung des Reichsministers der Justiz über das Verfahren in Gnadensachen

37) Wahl, S. 20 ff

38) vgl. § 3 der hessischen Gnadenordnung - RdErl. d. MdJ vom 18.9.1952 (Sonderdruck des JMBI. für Hessen Nr. 5) - Wahl, S. 163 ff

dem Verurteilten im Einzelfall die Strafe ganz oder teilweise erlassen wird, wird auch dem, dessen Eintragung im Strafregister vorzeitig getilgt wird, ein Teil der Nebenwirkungen der Verurteilung "erlassen". Auch die Anordnung vorzeitiger Tilgung nach § 8 StTG müßte daher ein Gnadenakt sein³⁹⁾. Dafür spricht auch, daß die nach altem Recht als "Löschung" bezeichnete Beschränkung der Auskunft aus dem Strafregister ganz selbstverständlich als Gnadenakt angesehen wurde⁴⁰⁾, obwohl sie ihrem Wesen nach nichts anderes war als die Auskunftsbeschränkung nach § 4 StTG, die ihrerseits die Vorstufe der Tilgung darstellt.

Dagegen, daß Anordnungen nach § 8 StTG Gnadenakte seien, wird eingewandt, von der Gnade sei "eine Urteilsfolge ausgeschlossen, die weder Strafe, noch eine im Urteil oder sonstigen Straferkenntnis angeordnete oder sich unmittelbar aus dem Strafgesetz ergebende Sicherungsmaßnahme" sei⁴¹⁾. Eine derartige Beschränkung läßt sich aber dem Begriff der Begnadigung, den wir als Beseitigung der Rechtsfolgen einer Straftat definiert haben, nicht entnehmen.

Nach Art. 60 Abs. II GG und nach den entsprechenden Verfassungsvorschriften der Länder üben der Bundespräsident und die Ministerpräsidenten der Länder das Begnadigungsrecht aus, oder sie delegieren diese Befugnis. Hieraus wird geschlossen, § 8 StTG beinhalte keine Gnadenentscheidung, weil die Anordnung nicht

39) a. A. ohne eigene Begründung: Burchardi-Klempahn, § 8 StTG, Anm. II 1; Götz, NJW 1963, 1815

40) vgl. Hartung, § 11 StTG, Anm. 6; Schäfer-Hellwig, § 8 StTG, Anm. 2

41) Schwarz-Kleinknecht, § 8 StTG, Anm. 2

vom Inhaber des Gnadenrechts ausgehe⁴²⁾, wie dies bei der älteren "Löschung" des Strafvermerks⁴³⁾ der Fall gewesen sei. Daran ist richtig, daß Gnadenbehörden zwar der Bundespräsident und die Ministerpräsidenten der Länder sind, jedoch ist zu berücksichtigen, daß diese ihre Befugnisse weitgehend auf die zuständigen Fach-, insbesondere Justizminister übertragen, die ihrerseits weitgehend die Vollstreckungsbehörde als Gnadenbehörde bestimmt haben⁴⁴⁾. Vollstreckungsbehörde ist nach § 4 der Strafvollstreckungsordnung⁴⁵⁾ grundsätzlich der Oberstaatsanwalt beim Landgericht. Für Maßnahmen nach § 8 StTG sind aber ebenfalls die Justizminister - allerdings originär - zuständig, die auch insoweit ihre Befugnisse weitgehend auf die Oberstaatsanwälte übertragen haben⁴⁶⁾. Da mithin sowohl für Gnadenentscheidungen, wie auch für Entscheidungen nach § 8 StTG vielfach dieselbe Behörde zuständig ist, erscheint der Versuch wenig überzeugend, die Rechtsnatur der Entscheidung nach § 8 StTG mit Hilfe der Zuständigkeitsregelung zu bestimmen.

Daß dieser Weg nicht gangbar ist, zeigt aber auch noch eine andere Erwägung. § 32 der Strafvollstreckungsordnung bestimmt, daß die Vollstreckungsbehörde

42) Hartung, § 8 StTG, Anm. 2; Schäfer-Hellwig, § 8 StTG, Anm. 2

43) = Auskunftsbeschränkung - vgl. Hartung, § 11 StTG, Anm. 6

44) vgl. § 4 der Gnadenordnung des Landes Hessen - Wahl, S. 165

45) in Hessen eingeführt, bzw. geändert durch: RdErl. vom 28.2.1956 (JMB1. S. 27); RdErl. vom 1.6.1965 (JMB1. S. 256); RdErl. vom 3.9.1965 (JMB1. S. 370)

46) vgl. Erl. d. Hess. MdJ vom 7.6.1946 (4241 - II 481/46) - Hartung, Anh. II 6, S. 394

die Vollstreckung kurzer Freiheitsstrafen im Wege des Wochenendvollzuges anordnen kann. Wäre es richtig, daß Entscheidungen, die nicht vom Inhaber des Gnadenrechts erlassen werden, keine Gnadenakte sein können⁴⁷⁾, dann dürfte auch die Anordnung des Wochenendvollzuges kein Gnadenakt sein, weil sie von der Vollstreckungsbehörde auch dann getroffen wird, wenn diese nicht zugleich Gnadenbehörde ist⁴⁸⁾. Da durch den Wochenendvollzug mit seiner in § 32 StVollstrO geregelten andersartigen Berechnung voller Tage aber effektiv ein Teil der Strafe erlassen wird, wird die Anordnung des Wochenendvollzuges überwiegend als Gnadenakt angesehen.⁴⁹⁾

Dagegen, daß Anordnungen nach § 8 StTG Gnadenakte seien, ließe sich ferner einwenden, von einem "echten Gnadenakt" könne dann nicht gesprochen werden, wenn die Voraussetzungen der Entscheidung durch Rechtsvorschrift geregelt seien, weil die Irrationalität des "echten Gnadenaktes" unvereinbar sei mit einer rechtlichen Regelung seiner Voraussetzungen⁵⁰⁾. Bleibt danach aber schon unklar, wie denn solche "unechten" Gnadenakte zu behandeln seien, so ergibt sich darüber hinaus die Unrichtigkeit der Prämisse ebenfalls aus § 32 StVollstrO. Denn auch diese Vorschrift bestimmt die Voraussetzungen, unter denen

47) Hartung, § 8 StTG, Anm. 3; Schäfer-Hellwig, § 8 StTG, Anm. 2

48) Pohlmann-Hasemann, § 32 StVollstrO, Anm. II 1; S. 276 unten

49) Pohlmann-Hasemann, § 32 StVollstrO, Anm. I 2; Löwe-Rosenberg-Schäfer II, § 451 StPO, Anm. X 1 b; OLG Hamm, NJW 1964, 682; Altenhain, NJW 1963, 121

50) Ule, S. 130 f.; ähnlich Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 139; Kern, ZStW 4, 592

Wochenendvollzug bewilligt werden darf⁵¹⁾, und gleichwohl wird die Bewilligung als Gnadenakt angesehen. Selbst die Gnadenordnung 1935⁵²⁾ normiert vereinzelt die Voraussetzungen, unter denen Gnadenakte erlassen werden dürfen, ohne daß jemals die Gnadenakt-Qualität dieser Maßnahmen bezweifelt worden wäre. So soll nach § 21 bedingte Strafaussetzung nur unter ganz bestimmten, detailliert geregelten Voraussetzungen gewährt werden. Nach § 36 darf Strafausstand nur gewährt werden, "wenn er zur Vermeidung besonderer Nachteile notwendig ist und keine Überwiegenden Gründe für die sofortige Durchführung der Vollstreckung sprechen". In § 34 ist diese Maßnahme ausdrücklich als "Ausübung des Begnadigungsrechts" bezeichnet.^{53) 54)}

Dem ließe sich allerdings entgegenhalten, diese Normierungen fänden sich nicht in Gesetzen, sondern in Verordnungen, Verwaltungsanordnungen⁵⁵⁾ und Erlassen. Gnadenakte könnten aber nur solche Maßnahmen sein, deren Voraussetzungen nicht in Gesetzen geregelt seien. Dieser Einwand wäre jedoch nicht überzeugend. Denn wenn man das Wesen des Gnadenaktes in seiner Irrationalität sieht⁵⁶⁾, dann muß man konsequenterweise die Gnadenakt-Qualität auch solcher Anordnungen leugnen, deren Voraussetzungen in im Rang

51) "... wenn er notwendig ist, um besondere, außerhalb des Strafzweckes liegende Nachteile für den Verurteilten zu vermeiden, und der Strafzweck auch im Wochenendvollzug erreicht werden kann."

52) Wahl, S. 20 ff

53) inhaltlich übereinstimmend §§ 22, 30, 34 der Gnadenordnung des Landes Hessen - Wahl, S. 163 ff

54) Ebenso scheint auch Wolff, S. 266, anzunehmen, daß die rechtliche Regelung den Gnadencharakter einer Maßnahme nicht ausschließt.

55) so die Strafvollstreckungsordnung - Pohlmann-Hasemann, Einl. S. 12

56) Ule, S. 130

unter dem Gesetz stehenden Bestimmungen normiert sind.⁵⁷⁾ Eine solche Konsequenz verträgt sich aber nicht mit den ausdrücklichen Regelungen der Gnadenordnungen⁵⁸⁾. Sie zu ziehen, ist auch nicht erforderlich, weil die normierten Voraussetzungen für den Erlaß von Gnadenakten regelmäßig nicht enger sind als die nicht normierten Voraussetzungen von Gnadenakten schlechthin. Im allgemeinen wird ein Härtefall vorausgesetzt; die Anordnung darf jedoch staatliche Interessen nicht gefährden.⁵⁹⁾ Mithin kann der Tatsache der Normierung der Voraussetzungen keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß die Anordnung vorzeitiger Straftilgung ein Gnadenakt sein kann, obwohl zum Erlaß der Anordnung nicht der "Inhaber des Gnadenrechts" zuständig ist. Vielmehr können auch andere als die Gnadenbehörden Gnadenentscheidungen treffen. Auch schließt eine Normierung der Voraussetzungen den Gnadencharakter der Entscheidung nach § 8 StTG nicht notwendig aus.

Nach heute überwiegender Ansicht wird der Gnadenerweis als Verzicht des Staates auf sein Recht aufgefaßt, aufgrund der staatlichen Strafberechtigung eine Strafe auszusprechen oder eine bereits ausgesprochene Strafe zu vollstrecken.⁶⁰⁾ Aus der Rechts-

57) so ausdrücklich bez. der Gnadenordnungen Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 139

58) Davon völlig unabhängig ist die Frage, ob solche Gnadenakte Rechtsakte sind; dazu Müller, DVBl. 1963, 19

59) vgl. § 36 der Gnadenordnung 1935 - Wahl, S. 46

60) Delaquis in Wörterbuch, S. 375, § 3; Eb. Schmidt in Anschütz-Thoma, S. 567; Wahl in Staatslexikon, S. 991; Löwe-Rosenberg-Schäfer II, § 12 GVG, Vorbem. IV 3 b aa; KMR (Müller), § 452 StPO, Anm. 1 a und c; Maurach, S. 794; Dahm, DVBl. 1957, 459 f; Geerds, S. 9; RGSt. 50, 388; 52, 150; BGH NJW 1953, 1522; ablehnend Grewe, S. 38 f.

natur des Gnadenerweises wird daher hergeleitet, daß er sich auf das Gebiet der Strafrechtspflege beschränke, d.h., daß er - abgesehen vom Verzicht des Staates auf den Ausspruch einer Strafe überhaupt - nur rechtskräftige Entscheidungen der Strafgerichte erfassen könne⁶¹⁾. Die Tilgung des Strafvermerks dagegen könne dem Erlaß einer rechtskräftig erkannten Strafe nicht gleichgestellt werden⁶²⁾. Auch sie beseitige zwar die Folgen eines Strafurteils, berühre aber gleichzeitig die Grundlagen eines möglicherweise künftig entstehenden Strafanspruches, indem sie das Tatbestandsmerkmal der Rückfälligkeit (§ 5 Abs. II StTG) und Anhaltspunkte für die Strafzumessung überhaupt beseitige. Aus diesen doppelten Folgen wird hergeleitet, daß die Maßnahmen nach § 8 StTG zwar einerseits Gnadenakte seien, andererseits aber der Straffreiheitsgewährung im eigentlichen Sinne angenähert seien⁶³⁾. Letztere aber sei deshalb Gegenstand des Straf- und nicht des Gnadenrechts, weil dann ein Strafanspruch des Staates überhaupt nicht entstehe, so daß für einen Verzicht auf Verfolgung und Vollstreckung kein Raum mehr bleibe.^{64) 65)}

Aber selbst wenn man die Maßnahmen nach § 8 StTG nicht nur dem Gnadenrecht zuordnet, so kann doch

61) Geerds, S. 27

62) Hartung, § 8 StTG, Anm. 3, S. 154

63) Förster, JR 1950, 615

64) Förster, JR 1950, 609

65) Entgegen der hier vorgenommenen Trennung von Begnadigung und Straffreiheitsgewährung wird von anderen wiederum der Unterschied nur in der Quantität gesehen und der Begriff der Straffreiheit mit dem der Amnestie gleichgesetzt (so Wahl, S. 14), der Begnadigung einer bestimmten Gruppe Straffälliger (Delaquis in Wörterbuch, S. 374, § 1).

allein die Möglichkeit der Beeinträchtigung eines künftig entstehenden Strafanspruches des Staates⁶⁶⁾ nicht dazu führen, die Gnadenakt-Qualität der Maßnahme zu leugnen. Ursprünglich mag die Registrierung im Strafregister nur interne Bedeutung für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte gehabt haben, die auf diese Weise ein genaueres Bild der Persönlichkeit des Täters gewinnen konnten.⁶⁷⁾ Demgemäß mag der Verurteilte auch die Eintragung nicht als sonderlich belastend empfunden haben. Inzwischen aber hat sich das Strafregister in der Praxis zu einer Einrichtung entwickelt, die sich mit diesen kriminalpolitischen Zielen nicht mehr deckt. Infolge des Systems der polizeilichen Listen, die aufgrund des Strafregisters geführt werden, wird die Eintragung im Strafregister als eine der unangenehmsten Folgen der Verurteilung empfunden. Es ist daher nicht angebracht, eine derart beschwerende Nebenfolge der Verurteilung mit rein rechtstechnischen Erwägungen dem Gnadenrecht völlig zu entziehen.⁶⁸⁾

Nach alledem ist daher die Anordnung der Justizverwaltung nach § 8 StTG ein Gnadenakt⁶⁹⁾, weil durch sie eine Nebenfolge der strafgerichtlichen Verurteilung beseitigt wird. Etwas Gegenteiliges folgt weder aus der Rechtsnatur des Gnadenerweises, noch daraus, daß zum Erlaß der Anordnung nicht der "Inhaber des Gnadenrechts" zuständig ist. Gegen den Gnadencharakter der Anordnung nach § 8 StTG spricht schließlich

66) Förster, JR 1950, 615

67) vgl. Schäfer-Hellwig, S. 14

68) ebenso Wahl, S. 19, Fußnote 10

69) ebenso, ohne Begründung, Potrykus, § 95 JGG, Anm. 1; Sieverts, ZStW 57, 773; implicite auch Gürtner, DJ 1939, 816

auch nicht die Festlegung ihrer Voraussetzungen im Gesetz.

In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht sieht auch das Badische Landesgesetz über die Ausübung des Gnadenrechts vom 7.7.1948 in der Fassung vom 15.3.1950 (RegBl. 1949, 45; 1950, 130)⁷⁰⁾ die Anordnung vorzeitiger Straftilgung als Gnadenakt an, indem es im Abschnitt "Begnadigungen" unter § 7 bestimmt:

"Das Justizministerium kann in Fällen, in denen die Voraussetzungen der ... Tilgung auf Grund des Reichsgesetzes vom 9.4.1920 über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken nicht vorliegen, anordnen, daß über in badischen Strafregistern vermerkte Verurteilungen nur noch beschränkte Auskunft zu erteilen ist, oder daß solche Vermerke zu tilgen sind, wenn dadurch staatliche Interessen nicht gefährdet werden."

Hingegen bestimmt die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz über das Verfahren in Begnadigungssachen vom 24.7.1947 in der Fassung vom 20.7.1949 (Bayer. JMBL. 1947, 23; 1949, 132)⁷¹⁾ in § 73 Abs. III zwar einerseits, Anordnungen, betreffend vorzeitige Straftilgung seien keine Gnadenakte, aber andererseits sollen entsprechende Gesuche ebenso wie Gnadengesuche behandelt werden. Der Schritt bis zur Bezeichnung als Gnadengesuche ist dann allerdings nicht mehr allzu groß. Ähnliches gilt für die Entscheidung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, betreffend Amtliche Führungslisten und Führungszeugnisse vom 3.8.1955 (MinBl. S. 430)⁷²⁾, nach

70) Wahl, S. 84 ff

71) Wahl, S. 111 ff

72) Hartung, Anh. VI C, S. 423 ff

der über die vergleichbare Regelung der vorzeitigen Erteilung eines strafvermerkfreien Führungszeugnisses "in einer Art Gnadenverfahren"⁷³⁾ entschieden wird.

3. Ist aber die Entscheidung nach § 8 StTG ein Gnadenakt, dann stellt uns dieses Ergebnis vor die Frage, ob die zuständige Behörde in der Gewährung dieser gnadenweisen Vergünstigung völlig frei ist. Die Beantwortung dieser Frage erfordert ein näheres Eingehen auf die historische Entwicklung des Begriffs der Gnade.

Die historischen Grundlagen des Gnadenbegriffes⁷⁴⁾ finden sich in den frühen, meist fürstlich geleiteten menschlichen Gemeinwesen, wenngleich das Strafrecht dieser Zeit sich überwiegend als ein mit Busen arbeitendes Privatstrafrecht darstellt. Die vom Fürsten geübte Gnade beruhte einerseits auf seiner Kompetenz als höchster Richter, wies andererseits aber aufgrund der göttlich begnadeten Stellung des Fürsten religiöse Züge auf. "Der Fürst stellte sich als Vertreter der göttlichen Allmacht auf Erden gewissermaßen demütig in die Reihe der Sünder und bekannte mit dem Gnadenerweis, daß alles Irdische von der göttlichen Gnade abhängig sei. Diese Stellung des Fürsten bedeutete zugleich ein für das Wesen der Gnade ausschlaggebendes persönliches Band zwischen dem Fürsten und seinem Untertan, dem Gnade zuteil wurde. Nur so konnte der Gnadenakt - auch ohne den Sinngehalt göttlicher Gnade - die Natur eines höchstpersönlichen Aktes fürstlicher Großmut oder Zentralgewalt bekom-

73) Abschnitt B III 3 letzter Absatz, Hartung, S. 436

74) dazu Geerds, S. 6 ff; Grewe, S. 17 ff; 41 ff; Seitter, S. 35 ff

men."⁷⁵⁾ Noch zu Beginn dieses Jahrhunderts wurde der Gnadenakt umschrieben als "staatlicher Akt, bei welchem die Trennung der staatlichen Funktionen in Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung verschwindet und der deshalb unmittelbar aus dem Zentralpunkt der staatlichen Gewalt hervorgeht."⁷⁶⁾ Von der Gnade dürfe der Souverän zwar nicht nach Willkür Gebrauch machen⁷⁷⁾, "sondern aus dem Gesichtspunkt höherer Gerechtigkeit, seien ihre Gründe im Einzelfall rechtlicher, sittlicher oder politischer Natur"⁷⁸⁾.

Ganz anders jedoch ist die heutige Gnadenpraxis. Weder sind Gnadenakte höchstpersönlicher Natur, noch sind sie Gesten der Großmut. In der Regel ist die Befugnis zu ihrem Erlass auf unpersönliche untergeordnete Behörden übertragen (Ablehnung eines Gnadengesuches durch die Vollstreckungsbehörde!⁷⁹⁾), und der Gang des Verfahrens ist genauestens geregelt. Die seltenen Fälle, in denen Gnadenakte heute noch als großmütige Gesten erlassen werden, beispielsweise anlässlich nationaler Ereignisse, sollen hier einmal außer Betracht bleiben.

Sucht man aber den Inhalt des Gnadenbegriffes anhand des neueren Schrifttums zu ermitteln, so findet man einerseits nur spärliche Hinweise, zum anderen aber Definitionen, die auch weiterhin in Anlehnung an den überkommenen Gnadenbegriff das Wesen der Gnade vor

75) Geerds, S. 7; vgl. ferner König, S. 23 ff

76) Laband, § 93, S. 509

77) so noch Geyer in Rechtslexikon, S. 255

78) Delaquis in Wörterbuch, S. 375, § 2

79) vgl. die Gnadenordnungen bei Wahl!

allem in ihrer Irrationalität, ihrer Nichteinordenbarkeit in rechtliche Kategorien, sehen⁸⁰⁾. Die Gnade sei eine letztlich grundlose Entscheidung⁸¹⁾, die von einem Übergeordneten in "gnädiger" Gesinnung gewährt werde⁸²⁾; sie sei Absehen vom Vollzug einer Strafe aus wichtigen, prüfbaren, aber nicht wägbaren, rechtlichen oder außerrechtlichen Gründen⁸³⁾. Die Souveränität des Staates erweise sich unter anderem gerade darin, daß er das Recht habe, aus rationalen und irrationalen Motiven auf Strafe zu verzichten⁸⁴⁾. Aus dem Wesen der Gnade sei nur zu folgern, daß die Gnadenentscheidung sich darüber auszusprechen habe, ob der Gerechtigkeit freier Lauf zu lassen sei oder nicht. Das aber bedeute, daß sie frei von rechtlichen Bindungen und Schranken sei und auch nicht nach den sonst gültigen Grundsätzen des Ermessens beurteilt werden könne⁸⁵⁾.

4. Es bestehen jedoch erhebliche Bedenken, ob dieser überkommene Gnadenbegriff noch mit der neuen, durch das Grundgesetz festgelegten Wertordnung vereinbar ist⁸⁶⁾. Diese Bedenken folgen einmal aus der Gegenüberstellung der Vorschriften der Art. 60 Abs. II und 20 Abs. II GG. Nach Art. 60 Abs. II GG übt der Bundespräsident für den Bund das Begnadigungsrecht aus, während Art. 20 Abs. II GG das Prinzip der Gewaltenteilung statuiert, was unter anderem bedeutet, daß

80) vgl. z. B. Ule, S. 130; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 139

81) Grewe, S. 114

82) Grewe, S. 11 f

83) LK-Jagusch, § 23 StGB, Vorbem. 1

84) H. Mayer, S. 401; vgl. ferner Peters, S. 610; einschränkend Maurach, S. 795

85) Württ.-Bad. VGH, DöV 1950, 377; OVG Münster, NJW 1953, 1240

86) vgl. zum Folgenden Geerds, S. 30 ff

die vollziehende Gewalt nicht in die Sphäre der rechtsprechenden Gewalt einzugreifen befugt ist. Dieselbe Polarität ergibt sich für die Länder. So übt z. B. gemäß Art. 109 Abs. I der Hessischen Verfassung der Ministerpräsident das Begnadigungsrecht aus, und Art. 28 Abs. I GG gebietet die Gewaltenteilung auch in den Ländern.⁸⁷⁾ Daß aber der Bundespräsident bei Erlass eines Gnadenaktes nicht einen Akt der rechtsprechenden, sondern, da er weder einen Streit entscheidet, noch Rechtsverhältnisse feststellt, der vollziehenden Gewalt setzt, ist heute wohl allgemein anerkannt.⁸⁸⁾ Erläßt der Bundespräsident daher im Gnadenwege eine vom Bundesgerichtshof in erster Instanz verhängte Strafe⁸⁹⁾, dann greift die vollziehende Gewalt in die Kompetenzen der rechtsprechenden Gewalt ein, indem sie die Folgen eines Urteils beseitigt.^{90) 91)} Insoweit hat also auch das Grundgesetz nichts an der herkömmlichen Zuständigkeit für den Erlass von Gnadenakten geändert, und insoweit sollte allem Anschein nach auch diese Kompetenzüberschneidung in Kauf genommen werden, wie immer man sie auch systematisch zu erklären versuchen mag.⁹²⁾

Gerade der Grundsatz der Gewaltenteilung ist jedoch

87) Maunz-Dürig, Art. 28 GG, Rn. 4

88) RGSt. 58, 265; Löwe-Rosenberg-Schäfer II, § 12 GVG, Vorbem. IV 3 a; Förster, JR 1950, 612 ff; Nüse, MDR 1951, 72

89) vgl. die Anordnung des Bundespräsidenten über die Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes vom 10.12.1952 (BGBl. I, 790) - Wahl, S. 69 ff - Art. 2

90) ebenso König, S. 68 ff

91) Daß dieses Argument für die Gnadenakte nach § 8 StTG nicht direkt paßt, soll hier unberücksichtigt bleiben, weil es auf die grundsätzliche Klärung des Gnadenbegriffes ankommt.

92) dazu Geerds, S. 31 ff

ein integrierender Bestandteil des Rechtsstaates⁹³⁾, und es wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar, wenn der Bundespräsident von der Befugnis zum Erlass von Gnadenakten in derselben Weise Gebrauch machen könnte, wie dies dem Fürsten vergangener Jahrhunderte gestattet war. Diese Eingriffe in die Befugnisse der rechtsprechenden Gewalt wären auf keine Weise abgrenzbar, sondern von der Willkür und dem Gutdünken des Staatsoberhauptes abhängig.⁹⁴⁾ Solange das Amt des Bundespräsidenten und, was in Anbetracht der weitgehenden Delegation der Gnadenentscheidungen auf untergeordnete Behörden noch wichtiger ist, die Ämter der beauftragten Behörden von integren Persönlichkeiten bekleidet werden, mag die Gefahr der Willkür zwar gering sein. Zumindest theoretisch bestünde jedoch die Möglichkeit, daß beispielsweise in politischen Strafsachen die Gnadenbefugnis systematisch dazu benutzt würde, als unliebsam empfundene Entscheidungen der Strafgerichte im Gnadenwege gegenstandslos zu machen. Auch der Erlass oder die Versagung von Gnadenakten muß daher rechtlich irgendwie erfaßbar sein, damit auch die Kompetenzüberschneidung rechtlich abgrenzbar ist.⁹⁵⁾

Schließlich verbietet auch Art. 3 Abs. I GG als unmittelbar geltendes und bindendes Grundrecht (Art. 1 Abs. III GG) rein irrationale Entscheidungen insoweit, als rechtlich und tatsächlich gleichliegende Sachverhalte auch gleich behandelt werden müsse. Hiergegen ließe sich allerdings einwenden, alle Menschen seien "vor dem Gesetz" gleich, Gnadenentscheidungen aber ergingen gerade außerhalb jeglichen Gesetzes. Gnadenakte

93) BVerfGE 2, 1 (12 f)

94) vgl. Geerds, S. 32 f

95) vgl. König, S. 69 f

sollen jedoch in den weitaus meisten Fällen - wenn man Gründe der Staatsklugheit oder der Kriminalpolitik^{95a)} einmal ausnimmt - rechtskräftige und auf anderem Wege nicht zu beseitigende Entscheidungen deshalb korrigieren, weil diese mit der Gerechtigkeit in Widerspruch stehen. Sie sollen also grundsätzlich die Gerechtigkeit realisieren. Gerechtigkeit jedoch ist ohne Gleichbehandlung undenkbar.⁹⁶⁾

Endlich darf aber auch nicht außer acht gelassen werden, daß sich in den letzten Jahrzehnten die Art und Weise der Handhabung von Gnadenentscheiden grundlegend geändert hat.⁹⁷⁾ Längst entscheiden nicht mehr die Staatsoberhäupter über Gnadengesuche. Vielmehr haben beispielsweise die Ministerpräsidenten der Länder ihre Gnadenbefugnisse weitgehend - insbesondere auf die Justizminister - übertragen, und diese haben grundsätzlich die Vollstreckungsbehörden zu Gnadenbehörden bestimmt.⁹⁸⁾ Das Verfahren ist zumeist genauestens geregelt. So hat die Geschäftsstelle der Gnadenbehörde ein Register zu führen, in das alle Gnadengesuche eingetragen werden, wobei für jeden Verurteilten eine besondere Nummer zu benutzen ist. Wird von mehreren Verurteilten ein gemeinsames Gnadengesuch gestellt, dann werden die Kontrollvermerke nur bei einer Nummer eingetragen, auf die bei den anderen verwiesen wird.⁹⁹⁾ Für jeden Verurteilten ist ein be-

95a) vgl. König, S. 101 f

96) v. Mangoldt, Art. 3 GG, Anm. 2; vgl. auch BVerfG JZ 1951, 730; JZ 1952, 536; BVerfGE 3, 135 und 182

97) historischer Überblick bei Müller, DVBl. 1963, 20 ff

98) vgl. §§ 1, 4 der Gnadenordnung des Landes Hessen (RdErl. d. MdJ vom 18.9.1952 - Sonderdruck des JMBL. für Hessen Nr. 5) - Wahl, S. 163 ff

99) § 34 Gnadenordnung des Landes Hessen

sonderes Gnadenheft anzulegen, auf dessen erster Seite Name, Stand und Wohnung des Verurteilten, sowie das Aktenzeichen des Strafverfahrens zu vermerken sind.¹⁰⁰⁾ Weiter ist bestimmt, daß die Gnadenbehörde die notwendigen Ermittlungen schleunigst und schonend vorzunehmen und Stellungnahmen des Gerichts, der Strafanstalt, der Staatsanwaltschaft und eventuell auch weiterer Behörden einzuholen hat.¹⁰¹⁾ In bestimmten Fällen ist dem Justizminister zu berichten und dafür ein bestimmter Vordruck zu verwenden.¹⁰²⁾ Die Entscheidung in der Gnadensache ist - sofern sie schriftlich ergeht - dem Gesuchsteller in einem verschlossenen Umschlag mitzuteilen.¹⁰³⁾

Vollends in Frage gestellt wird der Gnadenakt als Begünstigung in "gnädiger" Gesinnung¹⁰⁴⁾ aber dadurch, daß nach § 5 Abs. II der Gnadenordnung des Landes Hessen vor Einleitung der Strafvollstreckung stets (!) zu prüfen ist, ob die Erteilung eines Gnadenerweises in Betracht kommt. Ebenso bestimmte schon die Gnadenordnung 1935¹⁰⁵⁾ in § 26, daß die Vollstreckungsbehörden vor Einleitung der Vollstreckung von Amts wegen zu prüfen haben, ob Anlaß zur Bewilligung bedingter Strafaussetzung gegeben ist.¹⁰⁶⁾

100) § 35 Gnadenordnung des Landes Hessen

101) §§ 13, 14, 15 Gnadenordnung des Landes Hessen

102) §§ 17, 18 Gnadenordnung des Landes Hessen

103) § 20 Gnadenordnung des Landes Hessen

104) Grewe, S. 11

105) Wahl, S. 20 ff

106) Ebenso § 26 der Badischen Gnadenbestimmungen vom 8.8.1947 (Bad. GVBl. S. 181) - Wahl, S. 89 ff - und § 26 der Gnadenordnung Rheinland-Pfalz vom 13.10.1948 (Sonderveröffentlichung des Justizblattes Rheinland-Pfalz Nr. 2 vom 20.5.1949) - Wahl, S. 230 ff

Durch diese subtilen Regelungen des Verfahrens, sowie durch die Prüfung der Gnadenfrage von Amts wegen "wird aber der Gnadenakt, seiner Natur nach gewiß ein Staatsakt höchsten Ranges, das Reich der Alltäglichkeit verwiesen. Er wird zur 'kleinen Münze'¹⁰⁷⁾, zum jeglichen Pathos' beraubten Massenakt, der neben den Steuerbescheid, die Baugenehmigung und den Musterrungsbescheid tritt".¹⁰⁸⁾ ¹⁰⁹⁾ Damit verliert er aber den Charakter einer von einem "Verfassungsorgan getroffenen Führungsentscheidung", eines "freien Präsidialaktes"¹¹⁰⁾, und wird zu einer dem "Verwaltungsbereich zuzurechnenden Maßnahme", zum Verwaltungsakt.¹¹¹⁾

Das war zwar schon von jeher anerkannt¹¹²⁾, jedoch wurde der Begriff des Verwaltungsaktes nur dazu benutzt, klarzustellen, daß Gnadenerweise weder der Gesetzgebung, noch der Rechtsprechung zuzuordnen seien.¹¹³⁾ Wir verstehen den Verwaltungsakt jedoch - im Sinne der Verwaltungsgerichtsordnung - als behördliche Regelung eines Einzelfalles.¹¹⁴⁾

107) Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. IV GG, Rn. 27; Dürig, JZ 1961, 166

108) Müller, DVBl. 1963, 22; Dürig, JZ 1961, 166

109) Einen Überblick über die Häufigkeit von Begnadigungen in Baden-Württemberg im Jahre 1959 gibt König, S. 86 ff.

110) so Schneider, S. 47

111) Müller, DVBl. 1963, 22; Dürig, JZ 1961, 166; König, S. 118 f; Seitter, S. 61, 68

112) Delaquis in Wörterbuch, S. 375, § 2; Meyer-Anschütz, § 175, S. 749; Laband, § 93, S. 508; Wahl in Staatslexikon, S. 991; Löwe-Rosenberg-Schäfer II, § 12 VVG, Vorbem. IV 3 a

113) Das verkennen Müller, DVBl. 1963, 20, Fußnote 15, und König, S. 118, wenn sie auch älteres Schrifttum dafür zitieren, daß Gnadenakte Verwaltungsakte seien.

114) vgl. Eyermann-Fröhler, § 42 VwGO, Rn. 13

Ist aber der Gnadenakt ein Verwaltungsakt, dann kann er nicht außerhalb der Rechtsordnung stehen, weil nach Art. 20 Abs. III GG die vollziehende Gewalt - und damit auch die Gnadenbehörde - an Gesetz und Recht gebunden ist.

5. Soweit die Bindung des Gnadenaktes an rechtliche Voraussetzungen überhaupt anerkannt wird, wird teilweise die Ansicht vertreten, die Gnadenbehörde sei verpflichtet, den Gnadenakt zu erlassen, wenn die Voraussetzungen dazu "nach pflichtmäßigem Ermessen" vorlägen.¹¹⁵⁾

Auszugehen ist von dem Überkommenen - und philologisch wohl auch einleuchtendsten - Begriff des Ermessens. Hiernach hat die Verwaltung beim Vorliegen gesetzlich bestimmter Voraussetzungen verschiedene Möglichkeiten des Sichverhaltens: A zu tun oder B zu tun oder auch nichts zu tun¹¹⁶⁾. Der Behörde wird also Freiheit des Handelns eingeräumt. Wenn Maurach¹¹⁷⁾ demgegenüber die Ansicht vertritt, die Gnadenbehörde sei zum Erlass des Gnadenaktes verpflichtet, wenn die Voraussetzungen nach pflichtmäßigem Ermessen vorlägen, so wird hier ein ganz anderer Ermessensbegriff zugrundegelegt: Die Behörde soll den Sachverhalt ermitteln und ihn dann unter die Norm - oder wo eine geschriebene Norm fehlt, den Gesichtspunkten, die für die Entscheidung maßgebend sind - subsumieren. Das Ermessen kann sich dann nur auf die Frage beziehen, ob der konkrete Sachverhalt subsumierbar ist oder nicht. Und diese Frage kann wiederum nur

115) Maurach, S. 795

116) Forsthoff, S. 74; Bachof, JZ 1955, 98; Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 7; Wolff, S. 150 f, jeweils mit weiteren Nachweisen

117) Maurach, S. 795

dann erheblich werden, wenn die Norm mehrere Auslegungsmöglichkeiten zuläßt. Nicht die Wahl zwischen mehreren rechtlich möglichen Handlungsweisen wird hier als Ermessen bezeichnet, sondern die Wahl zwischen mehreren rechtlich möglichen Beurteilungen. Aufgrund der Beurteilung aber ergibt sich das Verhalten zwangsläufig.

Es kann jedoch nur Verwirrung stiften, auch mehrere rechtlich mögliche Beurteilungen als Ermessen zu bezeichnen, weil diese Erscheinung gar keine Besonderheit darstellt, sondern überall da im Rechtsleben auftritt, wo eine Norm mehrere Auslegungsmöglichkeiten offenläßt. Die Anwendung einer solchen Norm bleibt Erkenntnisakt und hat mit Ermessen nichts zu tun, weil der Behörde nicht mehrere Verhaltensweisen zur Verfügung stehen.¹¹⁸⁾ Ermessensentscheidungen kann die Behörde daher nur dort fällen, wo ihr das Gesetz für den Fall des Vorliegens bestimmter Voraussetzungen Freiheit des Handelns einräumt.

Generell sind jedoch die Voraussetzungen, unter denen Gnadenakte ergehen können, nicht normiert. Das objektive Recht hat daher das Handeln der Gnadenbehörde "ihrer eigenen Bestimmung überlassen mit der Maßgabe, daß die Behörde den Maßstab für ihre Entscheidung aus ihrer eigenen subjektiven Vorstellung von der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit ihres Handelns gewinnen soll"; ihr ist Ermessensfreiheit eingeräumt¹¹⁹⁾, deren Grenzen man grundsätzlich sehr weit wird ziehen müssen¹²⁰⁾.

118) vgl. Bachof, JZ 1955, 98; Wolff, S. 151

119) Bachof, S. 69

120) Müller, DVBl. 1963, 23; König, S. 125; Seitter, S. 117

Demgegenüber hat allerdings die Anordnung vorzeitiger Straftilgung im Gesetz eine Regelung gefunden. Die Gründe, aus denen die gnadenweise Tilgung danach angeordnet werden kann, sind jedoch ohne weiteres vergleichbar mit den Voraussetzungen, unter denen auch sonst Gnadenerweise erfolgen können. Wenn die Amtliche Begründung zu § 8 StTG ausführt, daß die Vorschrift dem Ausgleich von Härten dienen soll¹²¹⁾, so wird damit - wie auch sonst bei Begnadigungen - Gesichtspunkten der "Menschlichkeit" zur Geltung verholfen¹²²⁾. Und wenn das Gesetz selbst die Gewährung vorzeitiger Tilgung davon abhängig macht, daß staatliche Interessen nicht gefährdet werden dürfen, so ist auch dies ein Gesichtspunkt, der regelmäßig bei Begnadigungen zu berücksichtigen ist. So umschreibt beispielsweise § 21 der Gnadenordnung 1935¹²³⁾ das öffentliche Interesse dahin, daß die Achtung vor den Gesetzen gebiete, die im Gesetz angedrohte Strafe gegen den Gesetzesbrecher regelmäßig voll zur Verwirklichung kommen zu lassen. Entsprechend erfordert im Rahmen des § 8 StTG das staatliche Interesse grundsätzlich die Aufrechterhaltung der Eintragung, um bei erneuter Straffälligkeit eines schon einmal Verurteilten eventuelle Hinweise für die Ermittlungen zu erhalten und Anhaltspunkte für die Strafzumessung zu finden.¹²⁴⁾

Da mithin die Kriterien für Anordnungen nach § 8 StTG denen für den Erlass sonstiger Gnadenakte gleichen, kann davon ausgegangen werden, daß auch bei Entscheidungen nach § 8 StTG der Behörde ein weiter

121) zitiert nach Hartung, § 8 StTG, Anm. 2

122) vgl. König, S. 97

123) Wahl, S. 20 ff

124) vgl. Hartung, § 8 StTG, Anm. 3

Spielraum des Ermessens zur Verfügung steht.¹²⁵⁾
Dieser Spielraum muß andererseits aber schon rein
begrifflich irgendwie begrenzt sein, weil Ermessen
nur vorstellbar ist im Zusammenhang mit einer min-
destens als möglich zu denkenden Gebundenheit.¹²⁶⁾

Die Grenzen des Ermessens ergeben sich mit Rücksicht
darauf, daß auch Gnadenentscheidungen Verwaltungs-
akte sind¹²⁷⁾, aus Art. 20 Abs. III GG¹²⁸⁾ in Ver-
bindung mit Art. 1 Abs. III GG¹²⁹⁾ 130). Von den
Grundrechten, an die auch die Gnadenbehörde somit ge-
bunden ist, bildet Art. 3 GG eine der wichtigsten
Schränken der Ermessensausübung.¹³¹⁾

Über seinen Wortlaut hinaus¹³²⁾, daß alle "Menschen"
vor dem Gesetz gleich seien, fordert das Gleichheits-
gebot nämlich, "weder wesentlich Gleiches willkürlich
ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich
gleich" zu behandeln¹³³⁾. Das Gleichheitsgebot ist
daher als Willkürverbot zu verstehen¹³⁴⁾, und umge-
kehrt läßt sich mit Hilfe des Willkürbegriffes näher

125) ebenso Hartung, § 8 StTG, Anm. 2

126) Forsthoff, S. 75; Bühler, S. 26, Anm. 44

127) Müller, DVBl. 1963, 23; Dürig, JZ 1961, 166;
König, S. 118 f

128) "... die vollziehende Gewalt und die Recht-
sprechung sind an Gesetz und Recht gebunden."

129) "Die nachfolgenden Grundrechte binden ... (die)
vollziehende Gewalt ... als unmittelbar gelten-
des Recht."

130) vgl. König, S. 26, 130

131) Bachof, S. 73; Wolff, S. 138 f

132) v. Mangoldt-Klein, Art. 3 GG, Anm. III 3;
Wolff, S. 138 f

133) BVerfGE 4, 144 (155)

134) Maunz, S. 112; Ipsen, S. 147; ähnlich schon RGZ
111, 329; vgl. auch Leibholz, S. 72

umschreiben, was mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar ist¹³⁵⁾. Willkürlich aber ist jedes Verhalten, das nicht durch sachliche, sich aus dem Sinn des Gesetzes ergebende Gründe¹³⁶⁾ gerechtfertigt ist.¹³⁷⁾
138) Willkürliches Verhalten kann daher niemals mehr rechtmäßige Ermessensausübung sein.¹³⁹⁾

Indem der Gleichheitssatz als Ausprägung des allgemeinen Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung "damit als Bestandteil des Verwaltungsrechts selbst erscheint, wird er in einer Art rechtstechnischen Verständnisses zum Element der Ermessenslehre. Wo Gleichheitsgebot mit Willkürverbot identifiziert wird, erschließt eine ganze Reihe von verwaltungsrechtlich allgemein anerkannten Ermessensfehlern die Berufung auf seine Verletzung, womit die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsvorgangs als Grundrechtsverletzung charakterisiert werden kann."¹⁴⁰⁾ Das aus dem Gleichheitssatz hergeleitete Willkürverbot bedeutet daher ein allgemeines Verbot, ermessens-

135) Leibholz, DVBl. 1951, 195

136) BVwGE 11, 95 (97)

137) BVerfGE 4, 144 (155); v. Mangoldt-Klein, Art. 3 GG, Anm. III 4 b; Bachof, S. 73; Forsthoff, S. 86 f; Leibholz, S. 72, 89; DVBl. 1951, 195; vgl. auch Ipsen, S. 151 f

138) Das Kriterium "sich nicht aus dem Sinn des Gesetzes ergebende Gründe" paßt natürlich für Gnadenakte meistens nicht, weil es an einer gesetzlichen Regelung fehlt.

139) vgl. Leibholz, S. 88 f; Bühler, S. 163; König, S. 126; auch BVerfG NJW 1959, 931

140) Ipsen, S. 147

fehlerhafte Entscheidungen zu treffen.^{141) 142)}

Für die Frage, wann Entscheidungen der Gnadenbehörden ermessensfehlerhaft sind, kann auf die einschlägige verwaltungsrechtliche Rechtsprechung und Literatur verwiesen werden.¹⁴³⁾ Im Folgenden soll daher nur ein kurzer Überblick gegeben werden.¹⁴⁴⁾

Als Ermessensfehler bezeichnet § 114 VwGO die Überschreitung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens oder das Gebrauchmachen vom Ermessen in einer dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung nicht entsprechenden Weise.

Ermessensüberschreitung liegt vor, "wenn die Behörde ihr Ermessen außerhalb des Rahmens walten läßt, den das Gesetz gesteckt hat"¹⁴⁵⁾. Ein derartiger Ermessensfehler ist in Anbetracht des verhältnismäßig weiten Ermessensspielraumes der Gnadenbehörde und des generellen Fehlens einer gesetzlichen Regelung

141) ebenso König, S. 130; Seitter, S. 108; ähnlich v. Mangoldt-Klein, Art. 3 GG, Anm. II 6; Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 30; Bachof, JZ 1957, 339; Leibholz, DVBl. 1951, 195; vgl. auch Jellinek, AöR 32, 594

142) Verschiedentlich wird stattdessen von einem Verbot des "Ermessensmißbrauchs" gesprochen. Indessen ergibt sich daraus kein sachlicher Unterschied zu der hier vertretenen Ansicht, weil der Ermessensmißbrauch lediglich einen Unterfall des Ermessensfehlers darstellt. Jedenfalls folgen wir insoweit der Terminologie von Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 15 und 22; ebenso: Bachof, S. 69; Huber II, S. 659; Ipsen, S. 147; König, S. 129 ff

143) vgl. z. B. Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 15 ff

144) vgl. dazu auch König, S. 130 ff

145) Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 16

wohl kaum denkbar.¹⁴⁶⁾ Immerhin steckt aber § 8 StTG den Rahmen derart ab, daß die vorzeitige Tilgung einerseits dem Härteausgleich dienen soll¹⁴⁷⁾, daß andererseits aber staatliche Interessen nicht gefährdet werden dürfen. Innerhalb dieser Grenzen muß die Behörde abwägen.

Ermessensfehlgebrauch liegt vor, "wenn die Behörde zwar durchaus im zulässigen Rahmen ihres Ermessens tätig wird und auch zu einem an sich vom Gesetz gebilligten Ergebnis kommt, wenn sie aber dieses Ergebnis aufgrund gesetzwidriger Erwägungen erreicht¹⁴⁸⁾. Unterfälle des Ermessensfehlgebrauchs sind Willkür und Mißbrauch¹⁴⁹⁾, d.h., Handeln nach "reinem Belieben" oder unter Zugrundelegung "erheblich sach- oder zweckfremder Erwägungen"¹⁵⁰⁾.

Die Zuordnung fehlerhafter Entscheidungen zur einen oder anderen Gruppe von Ermessensfehlern ist schwankend und ungenau; die Frage danach erscheint aber auch "einigermaßen müßig"¹⁵¹⁾, weil darauf letztlich nichts ankommt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß Gnadenakte - auch solche nach § 8 StTG - Ermessensentscheidungen sind, bei denen sich die Behörde nicht von unsachlichen, sich nicht aus dem Sinn des Gesetzes - soweit vorhanden - ergebenden Motiven leiten

146) König, S. 130 f.

147) Hartung, § 8 StTG, Anm. 2

148) Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 19

149) Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 22

150) König, S. 131 f.

151) Bühler, S. 168; Forsthoff, S. 87

lassen darf. Sinn des § 8 StTG aber ist die Milderung von Härten, unter der Voraussetzung, daß dadurch staatliche Interessen nicht gefährdet werden.

6. § 8 StTG ist geschaffen worden, "um Härten auszugleichen, die sich ergeben können, wenn ... die Tilgung von Strafvermerken nur beim Vorliegen der bestimmt umgrenzten gesetzlichen Voraussetzungen zulässig" ist¹⁵²⁾. Ein solcher Härtefall, der die Anordnung vorzeitiger Straftilgung angebracht erscheinen läßt, wird regelmäßig bei Heranwachsenden vorliegen, die nach Erwachsenenstrafrecht verurteilt wurden, nicht selten aber auch bei über 21jährigen, deren gesamte berufliche Entwicklung durch die registrierte Verurteilung gehemmt wird.¹⁵³⁾ Dem scheint zwar die Begründung zu § 8 StTG¹⁵⁴⁾ zu widersprechen, wonach die Vorschrift nicht als Handhabe zur allgemeinen Milderung des Gesetzes dienen soll, und auch der Wortlaut des Gesetzes ergibt, daß regelmäßig das Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung der Eintragung vorgeht.¹⁵⁵⁾ Jedoch ist zu bedenken, daß die Vorschrift auf das Erwachsenenstrafrecht zugeschnitten ist, wo diese Richtlinie durchaus ihre Berechtigung haben mag. Demgegenüber steht bei Heranwachsenden der Resozialisierungsgedanke, der seine Ausprägung in den §§ 94 ff JGG gefunden hat, auch dann im Vordergrund, wenn sie nach Erwachsenenstrafrecht verurteilt worden sind. Die Anwendung des Erwachsenenstrafrechts besart lediglich, daß der Heranwachsende nach seiner sittlichen und

152) Amtliche Begründung, zit. nach Hartung, § 8 StTG, Anm. 2

153) Vgl. zum Anwendungsbereich des § 8 StTG im übrigen Hartung, § 8 StTG, Anm. 4 (S. 156 ff).

154) vgl. Hartung, § 8 StTG, Anm. 3

155) Hartung, a. a. O.

geistigen Entwicklung zur Zeit der Tat nicht mehr einem Jugendlichen gleichstand und daß es sich bei der von ihm begangenen Tat nicht um eine typische Jugendverfehlung handelte.¹⁵⁶⁾ Deshalb ist der Heranwachsende bezüglich der diffamierenden Wirkungen der Strafregistrierung aber nicht weniger schutzwürdig als ein nach Jugendstrafrecht verurteilter Heranwachsender. Auch wenn er entwicklungsmäßig bereits einem Erwachsenen gleichsteht, so rechtfertigt dies nicht, ihm alle die Hindernisse für sein Fortkommen in den Weg zu legen, die die Aufrechterhaltung der Eintragung mit sich bringt, und die ihn, der erst am Beginn seiner beruflichen Entwicklung steht, unter Umständen weit härter treffen als einen Erwachsenen. Eine Abkürzung der Fristen liegt daher auch im wohlverstandenen Interesse des Staates.

Die Anwendung der für Erwachsene geltenden Fristen des Straftilgungsgesetzes bedeutet nach alledem in der Regel eine unbillige Härte für Heranwachsende und solche Erwachsene, die das Alter der Volljährigkeit nur geringfügig überschritten haben.¹⁵⁷⁾ - Als allgemeine Richtschnur für die Fristen, die verstreichen müssen, bevor zugunsten des erwähnten Personenkreises eine Anordnung nach § 8 StTG erfolgen kann, vermögen die für Jugendliche geltenden Fristen zu dienen.

- III. Ein wesentliches Merkmal des Rechtsstaates (Art. 28 Abs. I Satz 1 GG) besteht darin, daß er jedem, der sich von der öffentlichen Gewalt in seinen Rechten verletzt glaubt, den Weg zu einem der verschiedenen Zweige der Gerichtsbarkeit eröffnet (Art. 19 Abs. IV GG). Auch die Versagung eines Gnadenerweises nach

¹⁵⁶⁾ vgl. 105 JGG

¹⁵⁷⁾ ähnlich Hartung, § 8 StTG, Anm. 4g

§ 8 StTG müßte daher zur gerichtlichen Nachprüfung gestellt werden können.

Als Rechtsgrundlage käme § 23 Abs. I EGGVG in Betracht. Danach entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte über die Rechtmäßigkeit von Anordnungen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf dem Gebiete der Strafrechtspflege getroffen werden. Anordnungen und Versagungen nach § 8 StTG werden von der Landesjustizverwaltung auf dem Gebiete des Strafrechts erlassen. Demnach lägen also die geforderten Voraussetzungen vor.¹⁵⁸⁾

1. Der Anfechtbarkeit könnte jedoch die Gnadenakte-Qualität der Anordnung entgegenstehen, weil "Gnadenakte außerhalb des Vollzuges der Rechtsordnung stehen" sollen.¹⁵⁹⁾ Das soll auch für diejenigen Gnadenakte gelten, deren Erlaß an bestimmte, normierte Voraussetzungen geknüpft ist¹⁶⁰⁾. Soweit die Nichtanfechtbarkeit der Versagung von Gnadenakten nicht ausschließlich mit der Irrationalität der Entscheidung begründet wird, wird sie mit folgenden Argumenten zu stützen versucht¹⁶¹⁾:

158) so auch Hartung, § 8 StTG, Anm. 7, der aber Anordnungen nach § 8 StTG nicht als Gnadenakte ansieht - § 8 StTG, Anm. 6 a.

159) BVwG DVBl. 1957, 681 (682); BVwG NJW 1962, 1410; OLG Düsseldorf, JZ 1959, 58; Schwarz-Kleinknecht, § 23 EGGVG, Anm. 3; Klinger, § 42 VwGO, Erl. E I e; Koehler, § 42 VwGO, Erl. A III 19; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 139; Ule, S. 130; Jellinek in einer Aussprache, VVDStRL Heft 8, 160; Loening, DVBl. 1951, 234; Schultz, MDR 1957, 78; Tietgen, NJW 1956, 1132

160) OLG Neustadt, NJW 1964, 681; OLG Hamm, NJW 1964, 682; Altenhain, NJW 1963, 121

161) Zum Teil passen die Argumente nicht für § 8 StTG; die Nachprüfbarkeit von Gnadenakten soll hier jedoch grundsätzlich untersucht werden.

Dem Rechtsschutzbedürfnis des Verurteilten sei durch das rechtskräftig abgeschlossene gerichtliche Verfahren vollauf Rechnung getragen. Es sei nicht Aufgabe des Gnadenverfahrens, eine rechtskräftige Entscheidung in einer weiteren Instanz erneut auf ihre Rechtmäßigkeit nachzuprüfen. Vielmehr könnten hier alle die Umstände eine Würdigung erfahren, die aus Rechtsgründen im gerichtlichen Verfahren außer Betracht hätten bleiben müssen. Denn der Richter sei dem Gesetz unterworfen, während die mit der Ausübung der Gnadenbefugnisse beauftragte Stelle in Sonderfällen "Gnade vor Recht" ergehen lassen könne.¹⁶²⁾

Dieser Argumentation können wir nicht folgen. Denn die These, dem Rechtsschutzbedürfnis des Verurteilten sei durch das abgeschlossene Verfahren vollauf Rechnung getragen, steht in direktem Gegensatz zu der zweiten These, im Gnadenverfahren könnten alle die Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die im gerichtlichen Verfahren hätten außer Betracht bleiben müssen. Gerade weil die ursprüngliche Entscheidung im Gnadenverfahren unter anderen Gesichtspunkten erneut überprüft wird, ist dem Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen nicht Genüge getan, wenn die Entscheidung aufgrund dieser bisher nicht erörterten Tatsachen der gerichtlichen Nachprüfung entzogen bleiben soll. Auch wenn es letztlich nur erneut um die Frage geht, ob der Verurteilte eine Strafe verbüßen muß oder nicht, so wird im Gnadenverfahren doch nach anderen Maßstäben entschieden als im Strafverfahren; es ist daher gerechtfertigt, von einem neuen Verfahren zu sprechen. Infolgedessen ist auch der Hinweis verfehlt, es sei nicht Aufgabe des Gnadenver-

162) Württ.-Bad. VGH, DöV 1950, 377; im wesentlichen gleichlautend OVG Münster, NJW 1953, 1240

fahrens, eine rechtskräftige Entscheidung in einer weiteren Instanz auf ihre Rechtmäßigkeit nachzuprüfen. Aus der klaren Scheidung zwischen den Gesichtspunkten, die im Strafverfahren berücksichtigt wurden, und denen, bei welchen dies nicht der Fall war, ergibt sich vielmehr, daß durch die Zulassung der gerichtlichen Nachprüfung von Gnadenentscheidungen keine Super-Revisionsinstanz geschaffen würde, weil das hierfür zuständige Gericht einen anderen Sachverhalt zu prüfen hätte als die Strafgerichte.¹⁶³⁾

Der im Strafverfahren gewährte Rechtsschutz kann also nicht als Begründung dafür angeführt werden, daß gegenüber der Versagung von Gnadenakten kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe.

Wenn weiter ein Gegensatz zwischen Richter und Gnadenbehörde darin gesehen wird, daß ersterer dem Gesetz unterworfen sei, letztere dagegen "Gnade vor Recht" ergehen lasse, so läuft das wieder auf die Behauptung hinaus, Gnade stehe jenseits von Gesetz und Recht und sei rational gar nicht faßbar. Daß diese These jedoch nicht mehr richtig sein kann, wurde oben bereits darzulegen versucht. Jedenfalls verstehen wir heute das Wort Gnade nicht mehr im ursprünglichen Sinne. Wir sagen "Gnade" und meinen damit einen behördlichen "Billigkeitserweis".¹⁶⁴⁾

Das Argument, daß Gnadenakte, die vom Staatsoberhaupt erlassen werden, wegen ihrer staatsrechtlichen Funktion gerichtlich nicht nachprüfbar seien¹⁶⁵⁾, ist hier unbeachtlich, weil Gnadenakte nach § 8 StTG von der Landesjustizverwaltung erlassen werden.

163) ebenso Müller, DVBl. 1963, 23.

164) vgl. König, S. 115 f

165) BVwG NJW 1962, 1410

Daß § 8 StTG materiell eine Gnadenentscheidung enthält, steht mithin der Anfechtbarkeit ihrer Versagung nicht entgegen.¹⁶⁶⁾

Andererseits sind aber auch die Voraussetzungen des § 23 Abs. I EGGVG erfüllt. Daß eine Anordnung der Justizbehörden sich formell als Justizverwaltungsakt, materiell aber als Gnadenakt darstellt, ist durchaus kein Widerspruch in sich. Das wird in der Rechtsprechung mittelbar dadurch anerkannt, daß Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafvollzuges nur dann für anfechtbar gehalten werden, wenn sie materiell keine Gnadenakte sind¹⁶⁷⁾. Dem können wir zwar im Ergebnis nicht folgen, aber jedenfalls deckt sich diese Auffassung mit der hier vertretenen insoweit, als anerkannt ist, daß Justizverwaltungsakte ihrem Inhalt nach Gnadenakte sein können. Infolgedessen ist die Gegenüberstellung nicht richtig, bei Maßnahmen nach § 8 StTG handele es sich um Justizverwaltungs- und nicht um Gnadenakte.¹⁶⁸⁾

2. Gemäß § 24 Abs. II EGGVG kann der Antrag auf gerichtliche Entscheidung erst nach vorangegangennem Beschwerdeverfahren gestellt werden, soweit die Maßnahme der Justizverwaltung der Beschwerde oder

166) im Ergebnis ebenso: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. IV GG, Rn. 27; Eyermann-Fröhler, § 42 VwGO, Rn. 37; Menger, DVBl. 1957, 683; Mannheimer, JR 1956, 327; Müller, DVBl. 1963, 23; Bettermann, S. 792 f.; BFH BStBl. 1952 III, 306; BFH BStBl. 1955 III, 274 = JZ 1955, 712; Diese Rechtsprechung des BFH ist zwar durch BFH BStBl. 1959 III, 254 aufgegeben worden, jedoch nur aus rein formellen Gründen - vgl. König, S. 182 ff. Zum Streitstand vgl. weiter Anmerkung der Schriftleitung in NJW 1962, 1411

167) OLG Neustadt, NJW 1964, 681; OLG Hamm, NJW 1964, 682

168) so aber: Schwarz-Kleinknecht, § 8 StTG, Anm. 2; Götzt, NJW 1963, 1815; Tietgen, NJW 1956, 1132

einem anderen förmlichen Rechtsbehelf im Verwaltungsverfahren unterliegt.

In der Allgemeinen Verfügung des Reichsjustizministers betreffend Straflöschungsgesuche vom 30.3.1943 (DJ S. 357)¹⁶⁹⁾ war dazu unter Abschnitt III 3 lediglich bestimmt: "Über Beschwerden gegen ablehnende Bescheide des Oberstaatsanwalts entscheidet der Generalstaatsanwalt. Beschwerden gegen die Entscheidungen des Generalstaatsanwalts werden mir nur dann zur Entscheidung vorgelegt, ...". Entsprechend sind die meisten landesrechtlichen Vorschriften gefaßt, die diese AV abgelöst haben.¹⁷⁰⁾ Dagegen wurde in Hessen durch Erlaß des Justizministers vom 7.6. 1946¹⁷¹⁾ die AV des Reichsjustizministers aufgehoben und lediglich bestimmt: "Die Oberstaatsanwälte sind hiernach nur noch zu ablehnenden Bescheiden ermächtigt, haben dagegen in allen Fällen, in denen sie die Anordnung der beschränkten Auskunft oder Straftilgung für angebracht halten, hierher zu berichten." Eine Beschwerde ist also nicht ausdrücklich vorgesehen. Jedoch ist zweifelhaft, ob sie bewußt ausgeschlossen werden sollte. Aus der Formulierung "die Oberstaatsanwälte sind hiernach nur noch ... ermächtigt ..." ließe sich ebenso schließen, daß lediglich die Zuständigkeitsregelung der AV aufgehoben werden sollte.

Darüber hinaus ist jedoch zweifelhaft, ob die in Verfügungen und Erlassen, also Verwaltungsvorschriften, vorgesehenen "Beschwerden" überhaupt förmliche Rechtsbehelfe im Sinne des § 24 Abs. II EGGVG sind. Für die Strafvollzugsordnung des Landes Nordrhein-

169) Hartung, Anh. II A

170) vgl. Hartung, Anh. II B

171) Hartung, Anh. II B 6, S. 394

Westfalen wurde dies vom OLG Hamm¹⁷²⁾ mit ausführlicher und überzeugender Begründung bejaht.¹⁷³⁾ Es bedarf jedoch keines Eingehens auf diese Begründung, weil die Strafvollzugsordnung nicht zum Vergleich herangezogen werden kann. In den §§ 196 ff dieser Verwaltungsvorschrift sind nämlich ausführliche Regelungen über die Voraussetzungen der Beschwerde und das dabei einzuhaltende Verfahren enthalten. In der AV des Reichsjustizministers und in den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen wird dagegen nur mehr beiläufig erwähnt, wer über "Beschwerden" zu entscheiden habe. Eine ausdrückliche Regelung der Beschwerde und des Verfahrens fehlt jedoch. Weder ist sie an eine bestimmte Form, noch an eine Frist gebunden.

Außerdem bestimmte die AV, daß Beschwerden gegen die Entscheidungen des Generalstaatsanwalts nur dann dem Justizminister zur Entscheidung vorgelegt wurden, wenn Berichterstattung angeordnet war oder geboten erschien. In anderen Fällen war der Generalstaatsanwalt ermächtigt, die Beschwerde im Namen des Justizministers ablehnend zu bescheiden. Ob also dem "Beschwerdeführer" eine oder zwei Instanzen eröffnet wurden, hing mehr oder weniger vom Zufall ab. Auch ist es ungewöhnlich, daß eine untergeordnete Behörde, die bereits selbst entschieden hat, erneut im Namen der übergeordneten Behörde entscheidet. Schließlich ist es nach der hessischen Regelung völlig offen, ob es überhaupt eine Beschwerde gibt.

Aus alledem ergibt sich, daß nicht von einem förmlichen, sondern nur von einem formlosen Rechtsbehelf gesprochen werden kann. Dabei handelt es sich um eine

172) OLG Hamm, NJW 1961, 693

173) a. A. Schwarz-Kleinknecht, § 24 EGGVG, Anm. 2

Art Dienstaufsichtsbeschwerde, die aber keinen Rechtsbehelf im Sinne des § 24 Abs. II EGGVG darstellt.¹⁷⁴⁾

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann daher unmittelbar nach Erlaß des beschwerenden Justizverwaltungsaktes gestellt werden.

3. Nach § 26 Abs. I EGGVG muß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung innerhalb eines Monats nach Zustellung oder schriftlicher Bekanntgabe des Bescheids gestellt werden. Die Vorschrift ähnelt der des § 74 Abs. I VwGO, nach der die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides im Verwaltungsverfahren erhoben werden muß. Diese Frist beginnt jedoch gemäß § 58 VwGO nur zu laufen, wenn eine Belehrung über den Rechtsbehelf erteilt wurde. Eine entsprechende Regelung besteht nach den §§ 23 ff EGGVG nicht. Fraglich ist, ob dieselben Grundsätze auch für § 26 Abs. I EGGVG zu gelten haben, mit anderen Worten, ob aus § 58 VwGO ein Analogie- oder ein Umkehrschluß zu ziehen ist.

Gleichgültig ist zunächst, ob eine solche Belehrungspflicht besteht, weil auch § 58 VwGO darauf nicht abstellt.¹⁷⁵⁾ Die §§ 23 ff EGGVG wurden durch die Verwaltungsgerichtsordnung eingefügt und sind deren Vorschriften über die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nachgebildet, in der Erwägung, daß es sich bei den nach §§ 23 ff. EGGVG zuständigen Gerichten um besondere Verwaltungsgerichte in bestimmten Justizverwaltungssachen handele.¹⁷⁶⁾ Wenn bei einer so weitgehenden Anlehnung bestimmte Vorschriften der VwGO

174) OLG Hamm, NJW 1961, 693

175) Eyermann-Fröhler, § 58 VwGO, Rn. 1; unrichtig daher Götz, NJW 1963, 1816

176) Eyermann-Fröhler, § 25 EGGVG, Anm. 1; KG DVBl. 1960, 814

nicht übernommen und auch nicht auf sie verwiesen wurde, so liegt es nahe, daß dies bewußt geschah, näher jedenfalls als die Annahme, die nicht übernommenen Vorschriften sollten entsprechend angewandt werden. Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man die Entstehungsgeschichte der Vorschriften untersucht.¹⁷⁷⁾

Die Frist des § 26 Abs. I EGGVG wird deshalb auch dann in Lauf gesetzt, wenn eine Belehrung über den Rechtsbehelf fehlt.¹⁷⁸⁾

4. Gemäß § 24 Abs. I EGGVG ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, durch die Maßnahme oder ihre Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein. Der Verurteilte müßte also geltend machen können, er sei durch die Ablehnung eines Gnadenaktes nach § 8 StTG in seinen Rechten verletzt.

Dem steht zunächst wiederum der Überkommene irrationale Gnadenbegriff entgegen. Der Verurteilte "kann auch nicht schlüssig dartun, daß er in einem ihm zustehenden Rechte verletzt ist, denn sowenig der Einzelne einen Anspruch auf einen ihm günstigen Gnadenerweis nachzuweisen in der Lage ist, vermag er überhaupt ein Recht auf Vornahme einer Amtshandlung im Gnadenverfahren geltend zu machen. Aus dem Wesen der Gnade ist nur zu folgern, daß die Gnadenentscheidung sich darüber auszusprechen hat, ob der Gerechtigkeit freier Lauf zu lassen ist oder nicht."¹⁷⁹⁾

177) dazu Götz, NJW 1963, 1816

178) ebenso Eyermann-Fröhler, § 26 EGGVG, Anm. 1

179) Württ.-Bad. VGH, DStV 1950, 377

Demgegenüber haben wir jedoch oben^{179a)} dargelegt, daß die Gewährung oder Versagung eines Gnadenaktes nach § 8 StTG Ermessensausübung ist und daß die Gnadenbehörde bei ihrer Entscheidung an das Willkürverbot des Art. 3 GG gebunden ist. Diese Bindung wiederum bewirkt, daß die Behörde ihr Ermessen nicht fehlerhaft ausüben darf. Fraglich ist, ob der Verurteilte aus diesen Bindungen der Behörde seinerseits Rechte herleiten kann.

- a) Wenngleich der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts noch immer lebhaft umstritten ist¹⁸⁰⁾, so ist doch auch heute noch die Definition Bühlers¹⁸¹⁾ aus dem Jahre 1914 maßgebend. Danach ist subjektives öffentliches Recht "diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er aufgrund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf." Diese Definition bedarf jedoch insofern einer geringen Korrektur, als Rechtssätze, die dem Individualinteresse dienen sollen, oft zugleich auch den Interessen der Allgemeinheit dienen oder umgekehrt.¹⁸²⁾ Ausschlaggebend muß daher sein, ob die Norm "zwar nicht ausschließlich, aber auch konkret bestimmbar Individualinteressen zu dienen bestimmt ist".¹⁸³⁾

179a) S. 28 ff, 34/35

180) Forsthoff, S. 171

181) Bühler, S. 224

182) Wolff, S. 233

183) Bachof, GedSchr., S. 296 f; Bachof, JZ 1957, 434; Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. IV GG, Rn. 36; Eyermann-Fröhler, § 42 VwGO, Rn. 96; Huber I, S. 684; Seitter, S. 97 f; BVwGE 3, 362 (363)

Bei der Anwendung dieser Definition auf Gnadenentscheidungen nach § 8 StTG läßt sich vorab feststellen, daß es grundsätzlich kein Recht auf Begnadigung geben kann, weil dem Verurteilten nicht eine rechtliche Stellung eingeräumt ist, kraft derer er von der Gnadenbehörde etwas verlangen könnte.¹⁸⁴⁾ Jedoch sind wir oben zu dem Schluß gekommen, daß ein Ermessensfehlgebrauch der Gnadenbehörde zugleich einen Verstoß gegen Art. 3 GG bedeutet. Daß aber die Grundrechte infolge ihrer Aktualisierung durch Art. 1 Abs. III GG einen Anspruch auf das der objektiven Rechtsnorm entsprechende Verhalten der Behörde gewähren¹⁸⁵⁾, daß sie mithin subjektive öffentliche Rechte einräumen, steht heute außer Frage.¹⁸⁶⁾ Infolgedessen wird auch allgemein ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung grundsätzlich anerkannt.¹⁸⁷⁾ 188) Der Begriff "fehler-

184) vgl. König, S. 124 f

185) Bayer. VerfGH, VwRspr. 1, 1 (2); LVG Minden, JZ 1952, 490 (491); Giese, JZ 1952, 491

186) Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. III GG, Rn. 96; v. Mangoldt-Klein, Art. 3 GG, Anm. II 5; Ipsen, S. 126; Leibholz, DVBl. 1951, 194

187) Bachof, S. 69, 74, 93; Bachof, JZ 1957, 434; Bühler, S. 162. "Die Ausführungen Bühlers S. 209 ff wollen offenbar nicht den auf S. 162 anerkannten Anspruch wieder ablehnen, sondern nur ein aus ihm abgeleitetes materielles Recht auf ein der 'richtigen' Ermessensanwendung entsprechendes Ergebnis des behördlichen Verhaltens bestreiten." So Bachof, S. 69, Fußnote 17; ebenso Haueisen, DVBl. 1952, 523

188) Ein subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung wird ferner anerkannt von: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. IV GG, Rn. 36; Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 8; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 155; Wolff, S. 155 f; Forsthoff, S. 173 f; Jellinek, AöR 32, 593 f; Giese, JZ 1952, 491; Haueisen, DVBl. 1952, 522; Naumann, DVBl. 1951, 583; BVwGE 11, 95 (97); VGH Freiburg, VwRspr. 8, 223; OVG Münster, DVBl. 1955, 437; OVG Hamburg, DVBl. 1951, 479

frei" bezieht sich dabei allerdings nicht auf die Zweckmäßigkeitserwägungen der Behörde und deren Ergebnis, sondern nur auf die Freiheit von Rechtsfehlern, die durch Ermessensfehler entstehen.¹⁸⁹⁾ Man hat daher von einem lediglich formellen subjektiven öffentlichen Recht gesprochen¹⁹⁰⁾, obwohl sich dieser Anspruch aus materiellem Recht, nämlich aus Art. 3 GG, herleitet¹⁹¹⁾.

Allerdings kann ein derartiges Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch nicht uneingeschränkt anerkannt werden, weil der Ermessensfehler für sich allein nur einen Verstoß gegen das objektive Recht darstellt, die Verletzung objektiven Rechts allein aber subjektive Rechte nicht beeinträchtigen kann.¹⁹²⁾ Dies ist nur dann der Fall, wenn der Ermessensrahmen in einer Norm enthalten ist, die zumindest auch im Interesse des Einzelnen geschaffen worden ist¹⁹³⁾. § 8 StTG müßte daher nicht nur dem öffentlichen Interesse, sondern auch den Belangen des Verurteilten zu dienen bestimmt sein.

Aus der amtlichen Begründung zu § 8 StTG ergibt sich, daß die Vorschrift geschaffen wurde, "um Härten auszugleichen, die sich ergeben können, wenn die Tilgung von Strafvermerken nur beim Vorliegen der bestimmt

189) Bachof, S. 70; Bachof, JZ 1957, 434; Jellinek, AöR 32, 593

190) Bachof, S. 69

191) Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. IV GG, Rn. 36

192) Huber II, S. 658

193) Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 8; Bachof, GedSchr., S. 296; Bachof, JZ 1957, 434; Forsthoff, S. 174; König, S. 125; BVwGE 2, 288 (290)

umgrenzten gesetzlichen Voraussetzungen zulässig ist"¹⁹⁴⁾. Schon hieraus folgt, daß § 8 StTG zumindest auch den Interessen des Verurteilten dienen soll, wie überhaupt die Institution der Begnadigung sowohl dem öffentlichen, wie auch dem Einzelinteresse dienlich sein kann.¹⁹⁵⁾ Beispielsweise kann der gnadenweise Erlass einer rechtskräftig erkannten Strafe der Korrektur eines Fehlurteils¹⁹⁶⁾ oder einer unverhältnismäßig hohen Strafe¹⁹⁷⁾ oder der Angleichung der Strafhöhe bei gleichartigen Delikten¹⁹⁸⁾ dienen oder aus Gründen der Staatsklugheit¹⁹⁹⁾ oder der Kriminalpolitik²⁰⁰⁾ erfolgen. Gleichwohl dient die Begnadigung aber auch dem Verurteilten, da sie ein ihm vom Staat zugefügtes Übel in seinem Interesse mildert oder gänzlich wegfallen läßt²⁰¹⁾.

Mithin schützt die Vorschrift des § 8 StTG auch die Individualinteressen des Verurteilten, indem sie zu seinen Gunsten die Möglichkeit eröffnet, auch außerhalb der gewöhnlichen Tilgungsfristen die Tilgung der Strafe im Strafregister anzuordnen. Daraus folgt weiter, daß der Verurteilte in seinen Rechten verletzt ist, wenn die Landesjustizverwaltung die Vergünstigung aus ermessensfehlerhaften Gründen versagt.²⁰²⁾ Diese Rechtsverletzung kann er mit einem

194) zitiert nach Hartung, § 8 StTG, Anm. 2

195) König, S. 126

196) König, S. 97

197) König, S. 98

198) König, S. 100

199) König, S. 101

200) König, S. 102

201) König, S. 126

202) vgl. König, S. 126

Antrag nach § 24 Abs. I EGGVG geltend machen.

- b) Zweifelhaft ist, ob darüber hinaus auch noch Fälle denkbar sind, in denen der Verurteilte nicht nur einen Rechtsanspruch auf fehlerfreien Ermessungsgebrauch, sondern - in der Terminologie Bachofs²⁰³⁾ - ein "materielles" subjektives öffentliches Recht auf Erlaß einer ihm günstigen Gnadenentscheidung, also auf Anordnung vorzeitiger Straftilgung, haben kann. Ein derartiges Recht könnte sich ebenfalls aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG ergeben.

Wenngleich sich grundsätzlich aus Art. 3 GG nicht das konkrete Ergebnis einer - fehlerfreien - Ermessensausübung entnehmen läßt, so geschieht es doch häufig, daß die Behörde, obwohl ihr ein Spielraum eröffnet ist, ihr Ermessen bei bestimmten Gegebenheiten stets nur in einer bestimmten Richtung ausübt. Zu denken wäre etwa an eine Baugenehmigungsbehörde, die einen baurechtlichen Dispens regelmäßig erteilt, wenn gewisse Voraussetzungen vorliegen. Erteilte sie dann den Dispens in vier Fällen, versagte ihn jedoch im fünften, obwohl dieser fünfte Fall im Tatsächlichen völlig gleichgelagert ist, dann behandelte sie "Gleiches willkürlich ungleich"²⁰⁴⁾ und verstieße dadurch gegen Art. 3 GG. Sie müßte daher den Dispens auch im fünften Fall erteilen. So kann eine regelmäßig geübte Verwaltungspraxis zu einer "Selbstbindung der Behörde"²⁰⁵⁾ führen, mit der weiteren Folge, daß der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf eine bestimmte Entscheidung

203) Bachof, S. 69

204) BVerfGE 4, 144 (155)

205) Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 22

erwirbt. Das ist heute allgemein anerkannt.²⁰⁶⁾ 207)

Da Gnadenentscheidungen aber ebenso Verwaltungsakte sind wie baurechtliche Dispense²⁰⁸⁾, kann für sie nichts anderes gelten. Eine durch ständige Übung gebildete feste Gnadenpraxis gewährt daher demjenigen Verurteilten ein subjektives öffentliches Recht auf Begnadigung, dessen Fall in den "besonderen, für die Entscheidung wesentlichen Umständen"²⁰⁹⁾ anderen Fällen gleicht, in denen eine Begnadigung erfolgte.²¹⁰⁾ 211)

Eine solche Selbstbindung der Behörde mag zwar im Bereich des Gnadenrechts nicht allzu häufig sein, weil bei einer Begnadigung ungewöhnlich viele Faktoren eine Rolle spielen²¹²⁾. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß die Bindung der Gnadenbehörde an eine feste Gnadenpraxis "nicht so stark sein" könne wie die Bindung der Behörden an eine dauernde

206) BVwG st. Rspr., zuletzt wohl: BVwGE 8, 1 (10); DöV 1960, 632 (633); OVG Münster, VwRspr. 7, 328; OVG Münster, OVG 4, 9; 6, 197; OVG Hamburg, VwRspr. 2, 344 (347); Württ.-Bad. VGH, VwRspr. 1, 74; Württ.-Bad. VGH, VwRspr. 9, 471; Eyermann-Fröhler, § 114 VwGO, Rn. 22; Forsthoff, S. 85; Wolff, S. 155; Ipsen, S. 148; Menger, VwArch. 1960, 71

207) Dennoch ist die Behörde damit nicht für alle Zeiten gebunden. Sie kann diese Übung ändern, muß dann allerdings in Zukunft wiederum alle gleichgelagerten Fälle gleich behandeln: Württ.-Bad. VGH, VwRspr. 9, 471

208) Müller, DVBl. 1963, 22; Dürig, JZ 1961, 166; König, S. 118 f; Seitter, S. 61

209) OVG Münster, VwRspr. 7, 328

210) ebenso König, S. 136, 137; Dürig, JZ 1961, 166

211) Beispiele für die Bildung einer festen Gnadenpraxis bei König, S. 133 f, 199.

212) König, S. 137

Verwaltungsübung in den übrigen Zweigen der Verwaltung²¹³⁾. Diese Vielzahl der Faktoren mag zwar die Bildung einer festen Gnadenpraxis erschweren. Sie kann jedoch nicht zu einer schwächeren Bindung der Gnadenbehörde führen, wenn und soweit die Identität dieser Faktoren in mehreren Fällen einer Begnadigung nachweisbar ist. Ein solcher Nachweis aber dürfte wohl bei Entscheidungen nach § 8 StTG leichter zu führen sein als bei sonstigen Gnadenakten, weil § 8 StTG eher die Möglichkeit einer schematisierenden Anwendung nahelegt.²¹⁴⁾

Zusammenfassend ergibt sich mithin, daß die Versagung eines Gnadenaktes nach § 8 StTG gemäß §§ 23 ff EGGVG von einem Strafsenat des Oberlandesgerichts (§ 25 Abs. I EGGVG) grundsätzlich nur auf Ermessensfehler der Gnadenbehörde nachgeprüft werden kann. Besteht jedoch eine feste Gnadenpraxis, dann kann das Oberlandesgericht ausnahmsweise auch untersuchen, ob die Behörde die vorzeitige Straftilgung hätte anordnen müssen.²¹⁵⁾ ²¹⁶⁾

213) König, S. 134 f

214) vgl. das Schema für den praktisch wichtigsten Anwendungsbereich des § 8 StTG bei Hartung, § 8 StTG, Anm. 4, S. 156 ff

215) Die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Entscheidungen nach § 8 StTG wird zwar auch in der Literatur anerkannt, jedoch unter der Prämisse, daß diese Entscheidungen keine Gnadenakte seien: Hartung, § 8 StTG, Anm. 6 a und 7; Schwarzknecht, § 8 StTG, Anm. 2 und 4

216) ebenso bez. Gnadenakten generell: König, S. 198 f; Seitter, S. 97, 114, 119 f

C. Die Wirkungen der Straftilgung

Die Wirkungen der Tilgung der Strafe im Strafregister werden in §§ 5 und 4 Abs. IV StTG geregelt. Gemäß § 5 Abs. II StTG gilt die Verurteilung nicht mehr als Bestrafung im Sinne solcher Vorschriften, die für den Fall, daß der Täter bereits bestraft ist, eine schwerere Strafe oder andere Rechtsnachteile androhen. Die praktisch wichtigeren Wirkungen der Tilgung finden sich dagegen systemwidrig schon in § 4 StTG, der die Wirkungen der Auskunftsbeschränkung regelt. Gemäß § 4 Abs. IV StTG darf der Verurteilte grundsätzlich jede Auskunft über die Tat und die Strafe verweigern und sich als unbestraft bezeichnen.

I. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht § 4 Abs. IV Satz 3 StTG, wonach das Gericht und der Staatsanwalt "aus besonderen Gründen" auch Auskunft über bereits getilgte Vorstrafen verlangen können.

1. Schon die Frage, wer diese Anordnung treffen kann, gibt Anlaß zu zahlreichen Zweifeln. Aus der Formulierung "das Gericht" ergibt sich zunächst, daß nur der Spruchkörper in Form eines Beschlusses entscheiden kann, nicht dagegen der Vorsitzende im Rahmen seiner Prozeßleitungsbefugnis²¹⁷⁾. In der Hauptverhandlung ist auch das Gericht ausschließlich zu der Anordnung befugt; der Staatsanwalt kann hier nur Anträge stellen²¹⁸⁾.

Ferner fällt auf, daß die Anordnung durch "das" Gericht oder "den" Staatsanwalt getroffen wird, während

217) Hartung, JR 1952, 44

218) Wachinger, DJ 1940, 867

gemäß § 4 Abs. I Ziff. 1 StTG der beschränkten Auskunft unterliegende Verurteilungen u. a. "den" Gerichten und "den Behörden der Staatsanwaltschaft" mitgeteilt werden dürfen. Obgleich das Strafregister eine Einrichtung der Strafgerichtsbarkeit ist, versteht die Praxis unter Gerichten im Sinne des § 4 Abs. I Ziff. 1 StTG alle Gerichte, einschließlich der Berufsehrengerichte.²¹⁹⁾ Und trotz des unterschiedlichen Wortlauts wird Abs. IV Satz 3 im Schrifttum ebenso ausgelegt wie Abs. I Ziff. 1.²²⁰⁾ Zwar ist Abs. IV erst im Jahre 1939 in das Gesetz eingefügt worden, aber zur gleichen Zeit, mit derselben Verordnung vom 17.11.1939, erhielt auch Abs. I seine jetzige Fassung.²²¹⁾

Man müßte dem Gesetzgeber schon ein ziemlich großes Maß von Nachlässigkeit unterstellen, wenn man in dieser unterschiedlichen Formulierung nicht eine bewußte Differenzierung erblicken wollte. Aus der Gegenüberstellung von Gericht und Staatsanwalt - beides im Singular - ergibt sich vielmehr, daß der Gesetzgeber an ein neues Strafverfahren dachte und im Interesse einer wirksamen Verbrechensbekämpfung die Möglichkeit schaffen wollte, auch nach getilgten Vorstrafen zu forschen. Außerdem war es, wie im Folgenden noch näher darzulegen sein wird, das Anliegen des Gesetzgebers, durch Einfügung des Abs. IV des § 4 StTG getilgte Verurteilungen möglichst weitgehend von einer neuen Erörterung auszuschließen. Mit dieser Absicht aber würde sich eine so weitgehende Auslegung des Abs. IV Satz 3, wie sie Abs. I Ziff. 1 erfahren hat, nur schlecht in Einklang bringen lassen.

219) Hartung, § 4 StTG, Anm. 3 a

220) Hartung, § 4 StTG, Anm. 9 b dd; Burchardiklempahn, § 4 StTG, Anm. V 3 b; Wachinger, DJ 1940, 866

221) vgl. Hartung, § 4 StTG, Anm. 1

Sowohl Auslegung wie Sinn der Vorschrift sprechen daher dafür, unter "Gericht" im Sinne des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG nur die Strafgerichte zu verstehen.

Strafgericht und Staatsanwalt können also Auskunft auch über bereits getilgte Vorstrafen verlangen. Diese Vorschrift hat Bedeutung sowohl für den erneut Angeklagten, wie auch für den früher verurteilten Zeugen.

2. Fraglich erscheint jedoch, ob der Angeklagte im Strafprozeß überhaupt verpflichtet ist, Angaben über seine Vorstrafen zu machen und ob nicht aus diesem Grunde § 4 Abs. IV Satz 3 StTG im Gegensatz zu den Grundsätzen der Strafprozeßordnung steht.

Die Strafprozeßordnung bestimmt hierzu in der seit dem 1.4.1965 geltenden Fassung²²²⁾ in § 243 Abs. IV Satz 3 und 4, Vorstrafen des Angeklagten sollten nur insoweit festgestellt werden, als sie für die Entscheidung von Bedeutung seien; wann sie festgestellt würden, bestimme der Vorsitzende. Aus dieser Formulierung des Gesetzes läßt sich weder für, noch gegen eine Pflicht zur Offenbarung von Vorstrafen etwas herleiten.

Die Erörterung der Vorstrafen des Angeklagten bildet jedoch einen Teil der Ermittlung seiner persönlichen Verhältnisse im Sinne des § 243 Abs. II StPO alter und neuer Fassung.²²³⁾ Ob der Angeklagte insoweit nach materiellem Recht, nämlich nach § 360 Ziff. 8 StGB, zu wahrheitsgemäßer Aussage verpflichtet ist²²⁴⁾, kann offen bleiben, da jedenfalls An-

222) BGBl. I 1964, 1067

223) Löwe-Rosenberg-Geier I. § 243 StPO, Anm. 3

224) bestr. - vgl. Eb. Schmidt, § 243 StPO, Rn. 17

gaben über Vorstrafen vom Tatbestand dieser Vorschrift nicht erfaßt werden.

Die Strafprozeßordnung bestimmt über die Vernehmung zur Person in § 243 Abs. II Satz 2 n. F.:

"Der Vorsitzende vernimmt den Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse."

Anschließend verliest der Staatsanwalt den Anklagesatz (§ 243 Abs. III n. F.). Weiter bestimmt § 243 Abs. IV n. F.:

"Sodann wird der Angeklagte darauf hingewiesen, daß es ihm freistehe, sich zu der Anklage zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Ist der Angeklagte zur Äußerung bereit, so wird er nach Maßgabe des § 136 Abs. II zur Sache vernommen."

Während es also bei der Vernehmung zur Sache dem Angeklagten ausdrücklich freigestellt wird, ob er überhaupt etwas sagen will, fehlt eine entsprechende Vorschrift bei der Vernehmung zur Person. Daraus ergibt sich einwandfrei, daß der Angeklagte verpflichtet ist, Angaben über seine persönlichen Verhältnisse und damit auch über eventuelle Vorstrafen zu machen. Diese Verpflichtung besteht unabhängig von § 360 Ziff. 8 StGB aufgrund prozessualer Vorschriften. Ob ihm Nachteile entstehen, wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, wird sogleich zu erörtern sein.

Etwas abweichend war die Vernehmung zur Person nach der bis zum 1.4.1965 geltenden Fassung der Strafprozeßordnung geregelt. § 243 Abs. II a. F. bestimmte nämlich:

"Hieran" - nämlich an den Aufruf der Zeugen und Sachverständigen - "schließt sich die Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse."

Und Abs. III:

"Sodann erfolgt die weitere Vernehmung des Angeklagten nach Maßgabe des § 136."

Dessen Abs. III wiederum besagte, daß bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten "zugleich auf die Ermittlung seiner persönlichen Verhältnisse Bedacht zu nehmen" sei. Aus dieser zurückhaltenden Formulierung, sowie aus dem Grundsatz des § 136 Abs. I Satz 2 a. F. - der Beschuldigte ist zu befragen, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle - wurde für das Vorverfahren abgeleitet, daß der Beschuldigte über Vorstrafen überhaupt keine Auskunft zu geben brauche.²²⁵⁾ Derselbe Grundsatz sollte auch für die Hauptverhandlung gelten.²²⁶⁾

Bei uneingeschränkter Anwendung des § 136 a. F. auch im Rahmen des § 243 a. F. wurde aber die Systematik des Gesetzes verkannt. § 243 Abs. II a. F. regelte nämlich selbst die Vernehmung des Angeklagten zur Person und verwies erst bezüglich der weiteren Vernehmung des Angeklagten auf § 136 a. F. ("sodann"). In dem Augenblick, in dem hiernach § 136 anwendbar wurde, war die Vernehmung zur Person aber schon abgeschlossen, so daß nicht mehr gemäß § 136 Abs. III a. F. auf die Ermittlung der persönlichen Verhältnisse "Bedacht genommen" werden konnte. Daraus folgte, daß für die Vernehmung zur Person allein § 243 Abs. II StPO a. F. maßgebend zu sein hatte. Aus dieser Bestimmung ließ sich aber nichts dafür herleiten, daß der Angeklagte keinerlei Angaben über Vor-

225) Eb. Schmidt, § 136 StPO, Rn. 9; Löwe-Rosenberg-Sarstedt I, § 136 StPO, Anm. 9 b

226) Eb. Schmidt, § 243 StPO, Rn. 18; Löwe-Rosenberg-Geier, I, § 243 StPO, Anm. 3; Hartung, § 4 StTG, Anm. 9 b dd

strafen zu machen brauchte. Gerade weil insoweit die Einschränkungen des § 136 Abs. I und II StPO a. F. nicht galten, war vielmehr davon auszugehen, daß der Angeklagte verpflichtet war, über seine persönlichen Verhältnisse und damit auch über eventuelle Vorstrafen Auskunft zu geben. Die neue Fassung des § 243 StPO bringt mithin lediglich eine Klarstellung und keine sachliche Änderung.

Es mag sein, daß diese Aussagepflicht ad personam mit dem Schweigerecht ad rem unter Umständen kollidiert, da eine Klarstellung der Person und auch der Vorstrafen schon eine sachliche Belastung - Täteridentität, Begehungsart - bedeuten kann²²⁷⁾, aber diese Konsequenzen lassen sich angesichts des Gesetzeswortlautes nicht vermeiden. Auch führt die hier vertretene Ansicht zugegebenermaßen zu dem etwas ungereimten Ergebnis, daß der Beschuldigte zwar im Vorverfahren seine persönlichen Verhältnisse nicht zu offenbaren braucht, wohl aber in der Hauptverhandlung. Immerhin läßt sich als Begründung hierfür ins Feld führen, daß die persönlichen Verhältnisse vor allem für die Strafzumessung und damit erst für die Hauptverhandlung von Bedeutung sind.

Als Ergebnis ist mithin festzuhalten, daß die Anordnung der Auskunftserteilung über getilgte Vorstrafen den Grundsätzen der Strafprozeßordnung nicht widerspricht.

Wenn der Angeklagte aber in der Hauptverhandlung Auskunft zu geben hat, so stellt sich von selbst die weitere Frage, ob diese auch der Wahrheit entsprechen muß. Man ist geneigt, diese Frage zu bejahen, weil sonst die Auskunftspflicht wenig sinnvoll er-

227) Eb. Schmidt, § 136 StPO, Rn. 9

scheint.²²⁸⁾ Im Schrifttum wird weiter auf die sittliche Pflicht zur Wahrheit hingewiesen, die auch in der auf sittlicher Grundlage beruhenden Rechtsordnung zu gelten habe.²²⁹⁾ Es sei unerfindlich, wie jemand aus der Begehung eines Verbrechens sollte ein Recht herleiten können, das Gericht zu belügen.²³⁰⁾ Wenn die Rechtsordnung jedoch an die Erfüllung sittlicher Pflichten keine Rechtsfolgen knüpft, dann sind diese rechtlich insoweit bedeutungslos.²³¹⁾

Die Strafprozeßordnung droht dem Angeklagten, der entgegen seinen Pflichten keine oder eine unrichtige Auskunft über getilgte Vorstrafen gibt, keinerlei Rechtsnachteile an. Jedoch knüpft die Praxis an hartnäckiges Leugnen des Angeklagten gegenüber den gegen ihn erhobenen Beschuldigungen materiell-rechtliche²³²⁾ Folgen, indem sie daraus Rückschlüsse auf die Uneinsichtigkeit des Täters, auf das Maß seiner persönlichen Schuld und den Grad seiner Gefährlichkeit zieht und diese Umstände strafscharfend berücksichtigt²³³⁾, und dies, obgleich der Angeklagte nach §§ 243 Abs. III, 136 Abs. I Satz 2 StPO a. F. und § 243 Abs. III StPO n. F. zur Aussage zur Sache nicht verpflichtet ist.²³⁴⁾

228) Wachinger, DJ 1940, 866

229) Peters, S. 178

230) Graf zu Dohna, S. 102

231) vgl. Eb. Schmidt, § 136 StPO, Rn. 11 ff

232) Eb. Schmidt, § 136 StPO, Rn. 15

233) BGHSt. 1, 103; 1, 105; BGH JZ 1952, 87; MDR 1951, 440

234) wohl aber zu Angaben über seine persönlichen Verhältnisse, wie wir weiter oben festgestellt haben.

Es erscheint jedoch fraglich, ob diese Praxis auf den hier zu erörternden Fall des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG entsprechend anwendbar ist.²³⁵⁾ Gibt der Angeklagte auf eine zulässigerweise gestellte Frage nach getilgten Vorstrafen überhaupt keine Auskunft, so würde dies auch nach der erwähnten Praxis der Gerichte nicht zu einer Strafschärfung führen. Leugnet er aber das Vorhandensein getilgter Vorstrafen, dann kann man eine strafschärfende Folge dieses Verhaltens nicht mit dem Hinweis auf die Tendenz des § 4 Abs. IV StTG verneinen.²³⁶⁾ Zwar tendiert die Bestimmung dahin, getilgte Vorstrafen als ungeschehen zu behandeln, aber Satz 3 macht gerade eine Ausnahme von diesem Grundsatz, die nicht mit dem Hinweis auf den Grundsatz wieder abgeschwächt werden darf.

Die Rechtsprechung wertet das Leugnen aber deshalb strafschärfend, weil darin die Uneinsichtigkeit und das fehlende Schuldbewußtsein des Täters zum Ausdruck kommen. Fragen nach der Tat, deretwegen der Angeklagte vor Gericht steht, dürfen jedoch nicht auf eine Stufe gestellt werden mit Fragen nach getilgten Verurteilungen, nach Unrecht, an das die Erinnerung bereits gelöscht wurde und für das der jetzt Angeklagte bereits gebüßt hat. Für ihn sind diese Vorstrafen erledigt; er wird regelmäßig kaum Verständnis dafür aufbringen, daß sie erneut zur Diskussion gestellt werden. Leugnen dieser getilgten Strafen läßt daher keinerlei Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Angeklagten zu der jetzt zur Aburteilung stehenden Tat zu.

235) vorsichtig bejahend Wachinger, DJ 1940, 866

236) so aber Hartung, JR 1952, 44

Nach alledem dürfen dem Angeklagten keine Rechtsnachteile erwachsen, wenn er auf Anordnungen nach § 4 Abs. IV Satz 3 StTG keine oder eine unrichtige Auskunft gibt. Ihrem Wortlaut nach ist die Vorschrift mithin praktisch bedeutungslos.²³⁷⁾ Die Praxis legt sie daher dahingehend aus, daß getilgte Verurteilungen des Angeklagten auch ohne dessen Mitwirkung auf andere Weise ermittelt, festgestellt und gegen ihn verwertet werden dürfen.²³⁸⁾

3. Anders als der Angeklagte ist der Zeuge im Strafprozeß grundsätzlich zur Aussage verpflichtet, wenn nicht eine der Ausnahmenvorschriften der §§ 52 - 55 StPO eingreift.²³⁹⁾ Falls er dieser Pflicht nicht nachkommt, hat er die durch die Weigerung verursachten Kosten zu tragen und ist zu einer Ordnungsstrafe oder zu Beugehaft zu verurteilen (§ 70 StPO). Seine Aussage muß außerdem der Wahrheit entsprechen (§ 57 StPO).
4. Die Feststellung getilgter Vorstrafen darf nach § 4 Abs. IV Satz 3 StTG nur aus "besonderen Gründen" erfolgen. Bei der Unbestimmtheit dieses Begriffes läßt sich aber, wie die Praxis der Gerichte zur Genüge zeigt, mit Hilfe dieser Vorschrift nahezu jeder Einbruch in die dem Verurteilten gewährte Rechtsposition rechtfertigen. Eine Eingrenzung und nähere Bestimmung der besonderen Gründe zu finden, die auch den Absichten des Gesetzgebers entspricht, ist daher von besonderer Wichtigkeit.

237) Hartung, § 4 StTG, Anm. 9 b dd

238) Hartung, a. a. O.

239) Schwarz-Kleinknecht, § 52 StPO, Anm. 1

a) aa) Bevor Abs. IV des § 4 StTG durch die Verordnung vom 17.11.1939 (RGBl. I, 2254) in das Straftilgungsgesetz eingefügt wurde, hatte das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung²⁴⁰⁾ entschieden, daß auch im Strafregister getilgte Vorstrafen dem Strafrichter für eine pflichtgemäße Verwertung in späteren gerichtlichen Verfahren zugänglich blieben. An dieser Rechtsprechung hielt es auch in einer Entscheidung vom 16.4.1940²⁴¹⁾ ausdrücklich fest, obwohl das Straftilgungsgesetz inzwischen geändert worden war. Zur Begründung dieser Ansicht verweist das Reichsgericht auf Satz 3 des § 4 Abs. IV StTG, der diesen Grundsatz nach wie vor anerkenne. Das könne auch gar nicht anders sein, weil ein Ausspruch, daß eine getilgte Verurteilung fortan ungeschehen sein solle, außerhalb des Machtbereiches staatlicher Gesetze liege. Was sich an früheren Bestrafungen eines Angeklagten ereignet habe, könne daher für die Erkenntnis der Persönlichkeit des Angeklagten und für die richtige Bestimmung des Strafmaßes nicht weniger beachtlich sein als andere wichtige Begebenheiten aus seinem Vorleben. Auf die Berücksichtigung solcher Ereignisse im Vorleben des Täters könne die Strafrechtspflege umso weniger verzichten, als gerade nach der neueren strafrechtlichen Entwicklung der größte Wert darauf gelegt werde, bei der Beurteilung der Straftat die Persönlichkeit des Täters richtig zu erkennen und zu treffen.

Auf Kritik stößt diese Entscheidung schon deshalb, weil das Reichsgericht in der Begründung uneingeschränkt auf seine früheren Urteile verweist, ohne sich mit dem Sinn der Neuregelung auseinanderzusetzen. Wie sich aus einem Vortrag des Schöpfers der

240) RGSt. 60, 285 (287 f); 69, 11

241) RGSt. 74, 177 ff

Neuregelung, des Reichsjustizministers Dr. Gürtner, ergibt, sollte aber Satz 3 des § 4 Abs. IV StTG nur eine eng auszulegende Ausnahmenvorschrift sein, weil anderenfalls die Tilgung wenig wirksam sei. "Die Lösung" des Tilgungsproblems "kann meines Erachtens nur darin liegen, daß eine getilgte Strafe wirklich als nicht existierend gilt und auch so von dem Bestraften behandelt werden darf und von allen anderen betrachtet werden muß".²⁴²⁾ Es geht daher nicht an, aus der Ausnahmenvorschrift des Satz 3 den Grundsatz herzuleiten, daß auch weiterhin getilgte Verurteilungen für den Strafrichter verwertbar blieben. Hätte § 4 Abs. IV StTG die Verwertung seitens des Gerichts unberührt lassen wollen, dann hätte es des Satz 3 nicht bedurft. Dadurch, daß hiernach nur aus besonderen Gründen Auskunft auch über getilgte Strafen verlangt werden kann, wird klargestellt, daß grundsätzlich auch dem Gericht die Verwertung getilgter Vorstrafen verwehrt ist.

Nach Ansicht des Reichsgerichts kann die getilgte Verurteilung ferner auch schon deshalb berücksichtigt werden, weil ein Ausspruch, daß eine getilgte Verurteilung fortan ungeschehen sein solle, außerhalb des Machtbereiches staatlicher Gesetze²⁴³⁾ liegt. Hieran ist richtig, daß Tatsachen nicht kraft Gesetzes rückwirkend beseitigt werden können. Tatsachen sind in der Rechtswissenschaft aber nur insofern relevant, als Rechtsfolgen irgendwelcher Art daran geknüpft werden. Das Setzen von Rechtsfolgen wiederum ist Aufgabe des Gesetzgebers. Ebenso wie dieser bestimmen kann, daß an bestimmte Tatsachen keine Rechtsfolgen geknüpft werden sollen, kann er aber auch bestimmen, daß bei einer bestimmten Rechtsfolge

²⁴²⁾ Gürtner, DJ 1939, 820

²⁴³⁾ ebenso Gottwald, JR 1950, 110

gewisse Tatsachen unberücksichtigt bleiben, daß sie als nicht relevant für diese Rechtsfolge gelten sollen. Diese Erscheinung ist als Fiktion auf allen Rechtsgebieten zu finden.

In gewissem Umfange läßt sich die Wirkung der Tilgung auch mit der Beseitigung des ursprünglichen Urteils im Wiederaufnahmeverfahren, verbunden mit dem Freispruch des Angeklagten (§ 371 Abs. II und III StPO), vergleichen. Zwar ist nicht zu verkennen, daß im ersteren Falle das rechtskräftige Urteil bestehen bleibt, während es im letzteren aufgehoben wird. In beiden Fällen bleibt aber die geschichtliche Tatsache der einmal erfolgten Verurteilung erhalten. Nur bestimmt der Gesetzgeber, wenn der Angeklagte im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen wird, daß das Urteil selbst aufgehoben wird, so daß es auch nicht mehr relevant sein kann. Ebenso, wie er bestimmen kann, daß das aufgehobene Urteil bedeutungslos wird, muß er aber auch bestimmen können, daß das im Strafregister memorierte Urteil von einem bestimmten Zeitpunkt an seine Bedeutung verliert. Nur ist dies bei der Aufhebung im Wiederaufnahmeverfahren sinnfälliger. Im übrigen hat der Gesetzgeber auch die Wirkungen der Tilgung in einem Punkte im dargelegten Sinne geregelt: nach § 5 Abs. II StTG "gilt" die Verurteilung nicht mehr als Bestrafung im Sinne der Rückfallstrafbestimmungen. Der Ausdruck "gilt" zeigt, daß es sich hierbei um eine Fiktion handelt.

Gerade aus § 5 Abs. II StTG ließe sich nun allerdings der Umkehrschluß ziehen, daß die Verurteilung zwar nicht mehr rückfallbegründend wirken solle, daß im übrigen aber die Tatsache der Bestrafung rechtlich relevant bleibe.²⁴⁴⁾ Dieser Schluß läge aber

244) so Gottwald, JR 1950, 110

nur dann nahe, wenn es sich bei den §§ 4 und 5 StTG um eine genaue und mit letzter Konsequenz durchdachte Regelung handelte. Daß dies nicht der Fall ist, geht schon daraus hervor, daß die Wirkungen von Auskunftsbeschränkung und Tilgung ungeordnet an verschiedenen Stellen geregelt werden und daß überhaupt die Probleme der Tilgungswirkungen nur unvollkommen erkannt wurden.²⁴⁵⁾ Demgegenüber weist der bereits erwähnte Vortrag des Reichsjustizministers Dr. Gürtner darauf hin, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, die getilgte Verurteilung wirklich als nicht existent zu behandeln.

Diese Ansicht findet auch eine Stütze in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1913 hatte nämlich eine Vorschrift vorgesehen, nach der die getilgte Strafe als "nicht geschehen" betrachtet werden sollte. Das französische Recht hatte diese Vorschrift übernommen, und die Vorarbeiten zu der Verordnung von 1939 stützten sich wiederum auf das französische Recht, hielten sich im Zuge der Angleichung des Strafrechts zwischen dem Altreich und Österreich aber auch an das österreichische Vorbild, wonach der Vorbestrafte nach Tilgung seiner Strafe gemäß § 3 des Tilgungsgesetzes vom 21.3.1918²⁴⁶⁾ als gerichtlich unbescholten galt und als unbestraft behandelt wurde.^{247) 248)}

Aus den dargelegten Gründen vermag schließlich auch die dritte Überlegung des Reichsgerichts seine Entscheidung nicht zu stützen, daß gerade in der neueren strafrechtlichen Entwicklung großer Wert auf

245) Hartung, § 4 StTG, Anm. 2 und 9 b dd

246) in der Fassung vom 17.2.1922 (BGBl. Nr. 110)

247) Altmann-Jacob, § 3 TilgG, Anm. 3, S. 1236

248) zur Geschichte näher Hartung, JR 1952, 43

die richtige Würdigung der Persönlichkeit des Täters gelegt werde.²⁴⁹⁾

Ergibt sich hiernach, daß eine getilgte Verurteilung in einem neuen Strafverfahren nur unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG berücksichtigt werden darf, weil sie grundsätzlich als nicht existent gilt, so folgt daraus, daß es dem erneut Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen darf, wenn ohne ausdrückliche Anordnung Vorstrafen von dritter Seite bekannt geworden sind²⁵⁰⁾, etwa deshalb, weil der Strafregisterführer die Tilgungsreife nicht beachtet und die als getilgt zu behandelnde Strafe²⁵¹⁾ zum neuen Verfahren mitgeteilt hat. Es erscheint seltsam, die Strafzumessung und damit den ganzen Ausgang des Verfahrens davon abhängig zu machen, ob der Registerführer aus Versehen oder gar ein Zeuge aus Böswilligkeit bereits getilgte Strafen mitteilt.²⁵²⁾ Von solchen Zufälligkeiten kann das Schicksal eines Angeklagten unmöglich abhängig gemacht werden. Dementsprechend hat zum Beispiel auch das OLG Hessen in einem nicht veröffentlichten Urteil vom 19.5.1953²⁵³⁾ dem erneut Angeklagten einen Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung zugebilligt, weil in der Hauptverhandlung vom Registerführer versehentlich mitgeteilte längst tilgungsreife Vorstrafen erörtert worden waren.

249) ablehnend zu dem Urteil auch: Hartung, § 4 StTG, Anm. 9 b cc; Hartung, JR 1952, 45; Eb. Schmidt, § 243 StPO, Rn. 18

250) a. A. wohl KMR (Sax), § 267 StPO, Anm. 9 B f

251) RG - st. Rspr., zuletzt HRR 1935, Nr. 162

252) so aber Schwarz-Kleinknecht, § 4 StTG, Anm. 4

253) zit. nach Hartung, § 4 StTG, Anm. 9 b cc; mit dem OLG Hessen ist wohl das OLG Frankfurt gemeint.

- bb) Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 22.6.1954²⁵⁴⁾ § 4 Abs. IV StTG dahin ausgelegt, daß eine getilgte Verurteilung nur dann zum Nachteil eines Täters festgestellt und verwertet werden dürfe, wenn die frühere Straftat geeignet sei, "die Persönlichkeit des Täters in Beziehung auf die gegenwärtige Tat besonders zu kennzeichnen".²⁵⁵⁾

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde²⁵⁶⁾: "Der jetzt wegen Bestechlichkeit und Untreue Angeklagte R. hatte als Jugendlicher einen Mord begangen, war dieserhalb 1908 zu langjähriger Gefängnisstrafe verurteilt worden und hatte diese Strafe bis zum Jahre 1917 größtenteils verbüßt; ein verhältnismäßig kleiner Rest der Strafe scheint ihm erlassen worden zu sein. Seit seiner Entlassung aus der Strafhafte hatte er sich straffrei geführt", so daß die Strafe getilgt wurde. In den Jahren nach 1947 hatte er dann die ihm nunmehr zur Last gelegten Straftaten begangen.

Ohne auf die Ausnahmenvorschrift des Satz 3 des § 4 Abs. IV StTG einzugehen, führt die Entscheidung aus, § 4 Abs. IV StTG verbiete nicht, die gleichwohl bekannt gewordene Tatsache der Jugendstraftat als Strafzumessungsgrund zu verwerten. Das Gesetz mache Tatsachen nicht ungeschehen, es könne nur ihre Rechtsfolgen regeln, wie dies z. B. in beschränktem Umfang in den §§ 4, 5 StTG geschehen sei. Zum Vergleich wird auf die einschlägige Rechtsprechung des Reichsgerichts verwiesen.

254) BGHSt. 6, 243 = BGH NJW 1955, 393

255) BGHSt. 6, 243 (245 f)

256) siehe Hartung, NJW 1955, 393: Der Sachverhalt ist in beiden Fundstellen nicht mitgeteilt.

Gerade jener Verweis schließt jeden Zweifel darüber aus, daß die - als unrichtig erkannte - Rechtsprechung des Reichsgerichts in vollem Umfang weitergeführt worden ist²⁵⁷⁾. In der Begründung tritt allerdings noch ein anderer Gesichtspunkt in Erscheinung. Der Bundesgerichtshof argumentiert, zurückliegende Ereignisse, die nicht zu einem Strafverfahren geführt hätten, jedoch dazu hätten führen können, seien ohne Zweifel nicht von der Erörterung im anhängigen Strafverfahren ausgeschlossen. Dann müsse aber dasselbe für solche Geschehnisse gelten, die zu einem Strafverfahren geführt hätten, weil der Verurteilte nicht besser gestellt werden könne als ein Nichtverurteilter. Dabei wird jedoch verkannt, daß der Wahrheitsgehalt solcher Ereignisse, deretwegen eine Verurteilung erfolgte, viel höher zu bewerten ist als der von Ereignissen, die gar nicht zu einem Strafverfahren geführt haben, und daß daher der Verurteilte regelmäßig schlechter gestellt wird als der Nichtverurteilte. Außerdem ist der Fall, daß eine nicht abgeurteilte Straftat, deren Verfolgung verjährt ist, in einem späteren Verfahren wegen einer anderen Tat strafscharfend berücksichtigt wird, rein theoretisch gebildet. Und schließlich heißt es in § 4 Abs. IV StTG nicht umsonst, daß der Verurteilte jede Auskunft nicht nur über die Strafe, sondern über die Tat verweigern könne. Das schließt also grundsätzlich auch eine Verwertung der Straftat aus. Läßt man aber, wie der Bundesgerichtshof, die Verurteilung zwar unberücksichtigt, knüpft aber an die zugrunde liegende Straftat an, dann wird der Wille des Gesetzgebers, die getilgte Strafe als nicht mehr existent zu behandeln, einfach umgangen. Denn es bleibt sich gleich, ob die Strafe oder die ihr zugrunde liegende Tat erörtert werden; beides läßt sich nicht trennen.

257) a. A. Hartung, NJW 1955, 394

Umso erstaunlicher ist, daß Autoren, die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Auseinandersetzung mit Sinn und Zweck des § 4 Abs. IV StTG vermissen und diese Rechtsprechung heftig kritisieren²⁵⁸⁾, dem Urteil des Bundesgerichtshofes voll zuzustimmen²⁵⁹⁾. Zur Begründung wird angeführt, die strafbare Handlung, deretwegen der Angeklagte im Jahre 1908 verurteilt worden sei, sei so schwer, daß das Gericht den in Satz 3 vorausgesetzten "besonderen" Grund gehabt habe, sich über die frühere Straftat zu unterrichten. Die dem Angeklagten jetzt zur Last gelegten strafbaren Handlungen - Bestechlichkeit und Untreue - würfen ein so ungünstiges Licht auf seinen Charakter, daß sich auch aus den Beweggründen der Jugendstraftat - Mord - möglicherweise Anhaltspunkte für die Strafzumessung im gegenwärtigen Verfahren ergeben könnten.²⁶⁰⁾ Ob sich solche Anhaltspunkte ergeben haben, läßt die Entscheidung freilich nicht erkennen, weil dazu vom Tatrichter noch weitere Feststellungen getroffen werden mußten. Jedoch wird es für durchaus möglich gehalten, daß eine 40 Jahre zurückliegende Verurteilung wegen Mordes geeignet sei, als Kennzeichen der Persönlichkeit bei einer Verurteilung wegen Bestechlichkeit und Untreue zu dienen, nur, weil die erste Tat besonders "schwer" war.²⁶¹⁾

Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Folgerung überhaupt haltbar ist. Jedenfalls führt der mit einer sol-

258) Hartung, § 4 StTG, Anm. 9 b cc; Hartung, JR 1952, 45

259) Hartung, NJW 1955, 394

260) Hartung, a. a. O.

261) Hartung, a. a. O.

chen Begründung beschriftete Weg unweigerlich dazu, daß eine "schwere" getilgte Verurteilung regelmäßig in einem neuen Strafverfahren wieder berücksichtigt werden kann, mag sie auch nicht einschlägig sein und mag der Verurteilte sich auch länger als die Hälfte seines Lebens straffrei geführt haben. Ist die getilgte Verurteilung aber "leicht", oder vermag sie nicht als Kennzeichen der Persönlichkeit zu dienen, so würde das Gericht sie bei der Strafzumessung auch dann nicht berücksichtigen, wenn sie noch nicht getilgt wäre. So wird die Ausnahme des Satz 3 des § 4 Abs. IV StTG zur Regel verkehrt, weil ein besonderer Grund zur Verwertung einer getilgten Vorstrafe immer dann vorliegen soll, wenn auch eine nicht getilgte Verurteilung berücksichtigt werden könnte.²⁶²⁾

Die Entscheidung ist daher uneingeschränkt abzulehnen.

Auf derselben Ebene liegt eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.11.1954²⁶³⁾, nach der eine getilgte Strafe im Rahmen des § 23 Abs. II StTG berücksichtigt werden kann.²⁶⁴⁾ Nach dieser Vorschrift wird Strafaussetzung zur Bewährung nur angeordnet, wenn die Persönlichkeit des Verurteilten und sein Vorleben ... erwarten lassen, daß er unter der Einwirkung der Aussetzung in Zukunft ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde. Mehr als die erwähnte Richtlinie enthält auch diese Entscheidung nicht, weil auch hier noch weitere Feststellungen erforderlich waren. Wie aber bereits oben dargelegt, erlaubt die Rechtsprechung bei der Würdigung der Persönlichkeit des Angeklagten eine so weitgehende Berücksichtigung auch nicht einschlägiger Vorstrafen,

262) ablehnend auch Costa, JR 1955, 68

263) BGHSt. 7, 58 (60)

264) vgl. auch noch BGH bei Herlan, GA 1961, 362

daß auch diese Entscheidung aus den oben dargelegten Gründen abzulehnen ist.

Einschränkender wird § 4 Abs. IV Satz 3 StTG in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 18.2.1955²⁶⁵⁾ ausgelegt. Zwar heißt es auch hier wieder, daß auch getilgte Vorstrafen für den Strafrichter nach pflichtmäßigem Ermessen in späteren Urteilen verwertbar blieben. Jedoch sei dabei "größte Zurückhaltung zu üben und darauf Bedacht zu nehmen, daß nicht Verurteilungen zur Erörterung gestellt werden, die zu einer Beurteilung des gegebenen Falles nichts beizutragen vermögen und zu dessen Bedeutung in keinem Verhältnis stehen".

Ob mit dieser Entscheidung die bisherige Rechtsprechung tatsächlich eingeschränkt werden sollte, ist zweifelhaft, weil der Bundesgerichtshof einen Fall zu entscheiden hatte, in dem der wegen versuchter Notzucht Angeklagte bereits wegen desselben Deliktes vorbestraft war. Alle Erwägungen beziehen sich daher auf eine einschlägige Vorstrafe. Gegen eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung spricht aber die erneute Bezugnahme auf die Entscheidungen des Reichsgerichts, wonach § 4 Abs. IV StTG die staatlichen Organe nicht verpflichte, den Verurteilten schlechthin als unbestraft zu behandeln.²⁶⁶⁾ Die "besonderen" Gründe sieht der Bundesgerichtshof in jenem Falle deshalb als gegeben an, weil es auf der Hand liege, daß eine sechsmonatige Gefängnisstrafe wegen eines Sittlichkeitsverbrechens für die Persönlichkeit des Täters in Beziehung auf den von ihm erneut begangenen Notzuchtsversuch kennzeichnend und für dessen Beurteilung von besonderer Bedeutung sei.

265) BGH MDR 1955, 501

266) zu optimistisch daher Costa, MDR 1955, 502

Ebenso glaubt Gottwald²⁶⁷⁾, daß auf die Berücksichtigung der getilgten Vorstrafe nicht verzichtet werden könne, weil sie bei sorgfältiger Auswertung oft Rückschlüsse auf das Maß der Schuld in dem jetzt abzuurteilenden Falle gestatte. Diesen Wert als Bestimmungsindiz für die Tatwurzel behalte die Vorstrafe auch dann, wenn sie schon lange Jahre zurückliege. Ergebe die Prüfung, daß der Angeklagte in dieser Zeit einen Charakterwandel durchgemacht habe, so verliere die Vorstrafe naturgemäß an Beweiswert. Es sei aber auch denkbar, daß der Angeklagte nur deshalb längere Zeit nicht straffällig geworden sei, weil er keine Gelegenheit zur Begehung von Straftaten gehabt habe.

Auch diese Argumentation verkennt jedoch Sinn und Zweck des § 4 Abs. IV StTG, mit dessen Einfügung in das Straftilgungsgesetz die Rechtsgrundlage dafür geschaffen werden sollte, auch die getilgte einschlägige Vorstrafe wirklich als nicht existierend zu behandeln. Diese Motive hat Gottwald überhaupt nicht berücksichtigt; vielmehr stützt er sich nur auf die Motive, die zur Schaffung des Gesetzes im Jahre 1920 führten und auf denen auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts beruhte. Der Bundesgerichtshof²⁶⁸⁾ glaubt sie nicht berücksichtigen zu können, weil sie im Gesetz nicht den erforderlichen Ausdruck gefunden hätten.

Daran ist richtig, daß für die Auslegung des Gesetzes maßgebend ist der in ihm "zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so, wie er sich aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang ergibt"²⁶⁹⁾. Auch läßt ein klarer Gesetzeswortlaut grundsätzlich

267) Gottwald, JR 1950, 110 f

268) BGH MDR 1955, 501

269) BVerfGE 1, 299 (312)

keinen Raum mehr für eine Auslegung.²⁷⁰⁾ Indessen ergibt sich aus § 4 Abs. IV StTG keineswegs eindeutig, - wie der Bundesgerichtshof annimmt - daß auch getilgte Verurteilungen "für den Strafrichter nach pflichtmäßigem Ermessen in späteren Urteilen verwertbar bleiben" sollten. Vielmehr gestattet die Vorschrift dem Verurteilten ausdrücklich, sich auch dem Gericht gegenüber als unbestraft zu bezeichnen. Deshalb wäre es erforderlich gewesen, in entsprechender Anwendung des § 133 BGB²⁷¹⁾ den wirklichen Willen des Gesetzgebers zu erforschen und insbesondere genauer zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen die Ausnahmenvorschrift des § 4 Abs. 4 Satz 3 StTG zum Zuge kommt.

Gottwald²⁷²⁾ ist ferner entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber die Tilgungsfrist als eine Art Bewährungsfrist angesehen hat, nach deren Ablauf dem Verurteilten jene frühere Schuld nicht mehr angelastet werden soll, ohne daß es auf den Nachweis einer Charakteränderung ankäme. Die Bewährung ist hier bewußt anders geregelt als bei der Beseitigung des Strafmakels durch Richterspruch nach § 97 Abs. I JGG, die voraussetzt, daß der Jugendliche sich durch einwandfreie Führung als rechtschaffener Mensch erwiesen hat. Nach Ablauf dieser Bewährungsfrist aber sollte der Verurteilte einem Nichtverurteilten gleichstehen.

Während aber die Straftat, die nicht zu einem Verfahren geführt hat, so gut wie nie berücksichtigt wird,

270) BGH NJW 1952, 796 (797)

271) RG und BGH, st. Rspr., zuletzt wohl BGHZ 13, 28 (30); Soergel-Siebert-Hefermehl, § 133 BGB, Rn. 34

272) JR 1950, 110 f

weil sie gar nicht bekannt ist, führt die getilgte Vorstrafe regelmäßig zu einer Strafschärfung. Denn dies ist ja gerade der Sinn ihrer Verwertung im Rahmen der Schuldfrage. Und hierin zeigt sich auch noch ein Widerspruch zu § 5 Abs. II StTG. Zwar verbietet diese Bestimmung nicht ausdrücklich die Strafschärfung im Rahmen der Schuldfrage, aber dem Angeklagten ist nicht damit gedient, daß die Vorstrafe zwar nicht für schwerere Qualifikationen der Tat herangezogen werden darf, wenn sie gleichzeitig als erschwerend für das Strafmaß angerechnet wird.²⁷³⁾

Wenn Gottwald meint, dieser Schluß sei nur dann zwingend, wenn das Gesetz bei Rückfällen jede Verwertung der getilgten Strafe für die Strafzumessung schlechthin ausschließe, so wird dieser Einwand dem vom Gesetzgeber mit der Straftilgung verfolgten Zweck nicht gerecht.

Zwar kann die Vorstrafe aus besonderen Gründen dennoch berücksichtigt werden, aber gerade die Verwertung als Kennzeichen der Persönlichkeit ist der typische Fall der Verwertung von Vorstrafe, mögen sie einschlägig sein oder nicht. Ein "besonderer" Grund, sie trotz der Tilgung festzustellen, besteht daher nicht.²⁷⁴⁾ Folglich kann auch § 244 Abs. II StPO, wonach das Gericht die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen zu erstrecken hat, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, deshalb nicht unzulässig eingengt werden²⁷⁵⁾, weil nach dem Willen des Gesetzgebers die getilgte Strafe eben nicht mehr von Bedeutung sein soll.

273) Kohlhaas, NJW 1953, 852

274) ebenso wohl Kohlhaas, a. a. O.

275) so Mayer, NJW 1954, 501

Aus allen diesen Gründen ist daher das Bedürfnis, die getilgte Strafe im Rahmen der Würdigung der Persönlichkeit des Täters und damit der Strafzumessung zu berücksichtigen, kein "besonderer" Grund im Sinne des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG.²⁷⁶⁾

- cc) Ist die Verwertung der getilgten Strafe im Rahmen der Strafzumessung nicht möglich, dann bleibt nur noch die Möglichkeit, sie zu Beweis Zwecken zu verwerten.²⁷⁷⁾ Hiergegen ließe sich allerdings einwenden, diese Art der Verwertung sei ebensoviel oder ebensowenig ein "besonderer" Grund, und es sei reine Willkür, der einen Art den Vorzug vor der anderen zu geben.

Die Verwertung zu Beweis Zwecken wird jedoch am ehesten dem Sinn und Zweck des § 4 Abs. I V StTG gerecht, wie ein Vergleich mit § 3 des österreichischen Tilgungsgesetzes vom 21.3.1918 (RGBl. Nr. 108) in der Fassung vom 17.2.1922 (BGBl. Nr. 110) zeigt, der im übrigen wörtlich mit § 7 Abs. IV des neuen österreichischen Tilgungsgesetzes vom 4.7.1951 (BGBl. Nr. 155) übereinstimmt.²⁷⁸⁾ Der Vergleich rechtfertigt sich deshalb, weil § 4 Abs. IV StTG im Jahre 1939 im Zuge der Angleichung der Strafgesetzgebung von Altreich und Österreich dem österreichischen Recht nachgebildet wurde.²⁷⁹⁾ Galt nach

276) im Ergebnis ebenso Peters, S. 612 f

277) vgl. Gottwald, JR 1950, 110

278) § 7 Abs. IV Österr. TilgG 1951 lautet: "Ist eine Verurteilung getilgt worden, so gilt der Verurteilte fortan als gerichtlich unbescholten, soweit dem nicht eine andere noch ungetilgte Verurteilung entgegensteht. ..."

279) Hartung, JR 1952, 43; dort auch Näheres zur Entstehungsgeschichte.

§ 3 des österreichischen Tilgungsgesetzes der Verurteilte nach Tilgung seiner Strafe "fortan als gerichtlich unbescholten", so sollte nach dem Willen des Schöpfers des § 4 Abs. IV des deutschen Straftilgungsgesetzes die getilgte Strafe als nicht existent gelten und von allen so behandelt werden.²⁸⁰⁾ Trotz des etwas unterschiedlichen Wortlautes ergibt sich kein Unterschied im Sinngehalt der beiden Vorschriften.

In der Feststellung gerichtlicher Unbescholtenheit liegt aber die authentische Erklärung, daß die rechtliche und sittliche Integrität des Verurteilten wiederhergestellt ist, daß der Verurteilung mithin auch keine ehrenmindernde Wirkung mehr zukommt.²⁸¹⁾ Wenn § 4 Abs. IV StTG denselben Gedanken dahingehend umschreibt, daß der Verurteilte jede Auskunft über Tat und Strafe verweigern und sich als unbestraft bezeichnen dürfe, gleichzeitig aber - anders als das österreichische Vorbild - eine Ausnahme von dem Auskunftsverweigerungsrecht macht, dann entspricht es am ehesten dem Willen des Gesetzgebers, diese Ausnahme nur in solchen Fällen zuzulassen, in denen die wiederhergestellte rechtliche und sittliche Integrität des Verurteilten davon nicht berührt wird. Läßt man die Verwertung der Verurteilung bei der Strafzumessung zu, dann wird gerade an die ehrenmindernde Wirkung der Verurteilung angeknüpft: die erneute Straffälligkeit zeige die charakterlichen Mängel des Angeklagten, und diese erforderten eine härtere Bestrafung. Dagegen berührt die Verwertung zu Beweiszwecken nicht die Integrität des Verurteilten, mag sie auch Nachteile tatsächlicher Art haben.²⁸²⁾ Die Verwertung zu Beweiszwecken ist daher

280) Gürtner, DJ 1939, 820

281) Altmann-Jacob, § 3 TilgG, Anm. 3, S. 1236

282) ebenso Altmann-Jacob, § 3 TilgG, Anm. 3, S. 1236

ein "besonderer" Grund im Sinne des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG.²⁸³⁾

Zu denken wäre hierbei an den Fall des leugnenden Angeklagten, der nach der Behauptung der Staatsanwaltschaft ein Delikt auf eine bestimmte, ganz besondere Art begangen hat; hier kann die Art der Verübung in einem früheren Fall ein Indiz für die Täterschaft sein. Auch kann die Tatsache der Tilgung selbst beweisbedürftig sein, wie etwa in dem Falle, daß erst nach Verübung des dritten Diebstahls die erste Verurteilung wegen Diebstahls getilgt worden ist und nur durch den Nachweis dieser Tilgung die in der Anklageschrift behauptete Qualifikation hinfällig gemacht werden kann.²⁸⁴⁾ Von Bedeutung könnte die getilgte Vorstrafe auch bei der Aufdeckung eines Anstellungsbetruges sein, der unter Verschweigung einer im Zeitpunkt der Anstellung noch nicht getilgten Vorstrafe begangen wurde.²⁸⁵⁾ In allen diesen Fällen besteht für die Verwertung der bereits getilgten Strafe ein besonderer Grund im Sinne des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG.

- b) Auch für den Zeugen gilt § 4 Abs. IV Satz 3 StTG, wonach aus besonderen Gründen auch Auskunft über bereits getilgte Vorstrafen verlangt werden kann. Ähnlich wie in § 243 Abs. IV StPO n. F. trifft die Strafprozeßordnung auch für den Zeugen in § 68 a Abs. II eine nähere Regelung bezüglich der Frage nach Vorstrafen überhaupt. Hiernach soll der Zeuge nach Vorstrafen nur gefragt werden, wenn ihre Feststellung notwendig ist, um seine Glaubwürdigkeit zu beurteilen oder um das Vorliegen bestimmter Vereidigungsverbote

283) ebenso Kohlhaas, NJW 1953, 852

284) vgl. Altmann-Jacob, § 3 TilgG, Anm. 3, S. 1236

285) vgl. Kohlhaas, NJW 1953, 852

(§ 60 Ziff. 2 und 3 StPO) festzustellen. § 68 a StPO zeigt daher das Ergebnis einer Abwägung zwischen unnötiger Bloßstellung des Zeugen einerseits und den Bedürfnissen einer umfassenden Beweisaufnahme andererseits. Diese Beschränkung der Fragen nach ungetilgten Vorstrafen muß umso mehr für getilgte Vorstrafen gelten, mit der Wirkung, daß Auskunft über letztere jedenfalls nicht aus weitergehenden Gründen verlangt werden kann als den in § 68 a Abs. II StPO aufgeführten. Für den Fall des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG wird also die Sollvorschrift des § 68 a StPO zu einer Mußvorschrift ("darf" nur ...).²⁸⁶⁾

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nach § 68 a StPO zulässige Fragen auch im Rahmen des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG zulässig sind.

- aa) Bedenken bestehen zunächst dagegen, Auskunft über getilgte Vorstrafen zu verlangen, um die Glaubwürdigkeit des Zeugen beurteilen zu können.

Es ist zwar zuzugeben, daß die Bekundungen eines Zeugen, der wegen Betruges, Untreue oder wissentlich falscher Anschuldigung verurteilt worden ist, weniger glaubhaft sein mögen²⁸⁷⁾ und daß die erhöhte Gefahr eines auf unvollständiger Ermittlung des Sachverhalts beruhenden Urteils besteht. Wenn aber eine solche - wenngleich getilgte - Vorstrafe die Glaubwürdigkeit eines Zeugen in Frage stellt, dann müßte folglich immer nach solchen Vorstrafen gefragt werden, weil dann die Feststellung immer notwendig wäre im Sinne des

286) vgl. KMR (Sax), § 68 a StPO, Anm. 3; Eb. Schmidt, § 68 a StPO, Rn. 6; Hartung, JR 1952, 44; Wachinger, DJ 1940, 867

287) Schwarz-Kleinknecht, § 68 a StPO, Anm. 2

§ 68 a Abs. II StPO. Es ist aber schlecht denkbar, daß dann sämtliche Delikte aufgezählt werden, die die Glaubwürdigkeit in Frage stellen können, und der Zeuge dann gefragt wird, ob er nach einer dieser Vorschriften schon einmal verurteilt worden sei. Vielmehr wird dann schlechthin nach getilgten Vorstrafen gefragt. Die Folge aber ist, daß jeder rehabilitierte Vorbestrafte, der das Pech hat, Zeuge sein zu müssen, nie in den vollen Genuß der Tilgung käme, weil er die Verurteilung dann doch wieder offenbaren müßte. Und dies, obwohl der Zeuge gar nicht erneut mit dem Strafgesetz in Konflikt geraten ist und daher mit dem anhängigen Verfahren gar nichts zu tun hat.

Im Übrigen ist auch hier zu bedenken, daß eine getilgte Verurteilung grundsätzlich als nicht existent gilt und daß durch die Tilgung die Integrität des Verurteilten wieder hergestellt wird. Immerhin müssen ja gewisse Fristen verstreichen, bis dem Verurteilten die Wohltat der Tilgung zuteil wird, oder es müssen besondere Gründe für eine vorzeitige Tilgung vorgelegen haben. Wenn der Verurteilte sich in dieser Zeit straffrei geführt hat, dann bestehen gegen seine Glaubwürdigkeit aber ebensoviele oder ebensowenig Bedenken wie gegen die eines Nichtverurteilten, der möglicherweise sich unentdeckt ebenso strafbar gemacht hat oder vielleicht nur aus Mangel an Beweisen freigesprochen wurde. Allein die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen rechtfertigt daher nicht die Durchbrechung der Tilgungswirkungen.

- bb) § 68 a Abs. II StPO läßt die Frage nach Vorstrafen weiterhin dann zu, wenn sie notwendig ist, um über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Ziff. 3 StPO zu entscheiden. § 60 Ziff. 3 StPO aber bestimmt, daß von der Vereidigung abzusehen ist bei Personen,

die der Tat, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet, oder der Beteiligung an ihr oder der Begünstigung oder Hehlerei verdächtig oder deswegen bereits verurteilt sind. Daß in diesen Fällen von der Vereidigung abzusehen ist, hat seinen guten Grund darin, daß ein an der Straftat irgendwie beteiligter Zeuge nicht diejenige Unbefangenheit gegenüber dem Angeklagten besitzt, die die Voraussetzung eines einwandfreien Zeugnisses bildet.²⁸⁸⁾

Fragen nach getilgten Vorstrafen kommen im Rahmen des § 60 Ziff. 3 StPO jedoch nur dann in Betracht, wenn der Zeuge aus den in dieser Bestimmung aufgeführten Gründen bereits verurteilt worden ist. Dieser Grund ist auch im Rahmen des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG von erheblicher Bedeutung, wenngleich der Fall, daß ein Tatbeteiligter erst so spät verurteilt wird, daß die Strafe eines anderen Beteiligten bereits getilgt ist, nicht allzu häufig vorkommen dürfte.

Immerhin kann die Verfolgungsverjährungsfrist auch bei Vergehen bis zu fünf Jahren betragen (§ 67 Abs. II StGB), während eine Jugendstrafe - von der außerordentlichen Tilgung abgesehen - frühestens fünf Jahre nach der Verurteilung getilgt wird (§ 95 JGG). Anders als bei der allgemeinen Prüfung der Glaubwürdigkeit nach § 68 a Abs. II StPO besteht im Falle des § 60 Ziff. 3 StPO die Möglichkeit, die getilgte Vorstrafe, nach der gefragt werden soll, ganz präzise zu umschreiben, so daß keine Bedenken bestehen, in diesem Falle einen "besonderen" Grund im Sinne des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG zu bejahen.

Wird so-nach zulässigerweise von dem Zeugen Auskunft

²⁸⁸⁾ BGHSt. 1, 360

verlangt, so hat dessen Antwort der Wahrheit zu entsprechen.

cc) Schließlich darf gemäß §§ 68 a Abs. II, 60 Ziff. 2 StPO nach Vorstrafen gefragt werden, um festzustellen, ob der Zeuge nach den Vorschriften der Strafgesetze unfähig ist, eidlich vernommen zu werden. Die Feststellung der Eidesfähigkeit des Zeugen könnte dann ein "besonderer" Grund im Sinne des § 4 Abs. IV Satz 3 StPO sein, wenn es rechtlich möglich wäre, daß Tilgung der Verurteilung und Fortdauer der Eidesunfähigkeit zusammentreffen können.

aaa) Gemäß § 161 Abs. I StGB ist bei jeder Verurteilung wegen Meineides auf dauernde Eidesunfähigkeit zu erkennen. Die Regelstrafe bei einer Verurteilung nach § 154 StGB aber ist Zuchthaus, und für Verurteilungen zu Zuchthausstrafe laufen nach § 1 Abs. III StTG keine Tilgungsfristen. Eine Straftilgung könnte bei Erwachsenen und Heranwachsenden, die nach allgemeinem Strafrecht verurteilt wurden, also nur nach § 8 StTG erfolgen. In diesen Fällen verhindert aber schon § 8 Abs. II StTG, daß Tilgung trotz Fortdauer der Eidesunfähigkeit angeordnet würde. Gegen Jugendliche wird Zuchthausstrafe nicht verhängt, da sie im Jugendgerichtsgesetz nicht vorgesehen ist.

§ 161 Abs. I StGB macht jedoch die Aberkennung der Eidesfähigkeit nicht von der Verhängung einer bestimmten Straftat abhängig. Daraus folgt, daß auf Eidesunfähigkeit auch neben der Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe (§ 154 Abs. II StGB)²⁸⁹⁾ und, da § 6 JGG dies nicht ausschließt, auch neben Ver-

289) RG DR 1944, 231; RGSt. 77, 223

urteilung zu Jugendstrafe²⁹⁰⁾ zu erkennen ist, vorausgesetzt, daß der Jugendliche bereits eidesmündig, also 16 Jahre alt (§ 60 Ziff. 1 StPO), ist.²⁹¹⁾

In diesen Fällen wäre die Tilgung durch § 1 Abs. III StTG nicht ausgeschlossen. Andererseits bestimmt aber § 3 Abs. I StTG:

"Hat der Verurteilte ... einzelne Rechte und Fähigkeiten verloren, so kommen ihm die Vergünstigungen des § 1" - u. a. die Tilgung - "nicht zugute, solange er diese Rechte und Fähigkeiten nicht wiedererlangt hat."

Ist unter "einzelnen Fähigkeiten" auch die Eidesfähigkeit zu verstehen, dann hätte dies zur Folge, daß eine Verurteilung wegen Meineides auch dann nie getilgt würde, wenn nur eine Gefängnis- oder sogar nur Jugendstrafe verhängt worden ist. Und weiter würden aufgrund des § 2 Abs. I StTG auch sämtliche anderen etwa noch hinzukommenden Verurteilungen niemals getilgt werden. Gerade für einen Jugendlichen, dessen besonderer Lage gerecht zu werden sich das Jugendgerichtsgesetz bemüht, wird dies nicht selten den endgültigen Abstieg zum Verbrecher bedeuten. Abhilfe könnte hier nur durch außerordentliche Tilgung nach § 8 StTG oder durch Beseitigung des Strafmakels geschaffen werden. Aber auch dem stünde im Erwachsenenstrafrecht wieder § 8 Abs. II StTG entgegen, wonach eine außerordentliche Tilgung nicht angeordnet werden soll, solange der Verurteilte verlorene Rechte und Fähigkeiten nicht wiedererlangt hat. Durch die Beseitigung des Strafmakels könnte bei Jugendlichen zwar der Kreis der auskunftsberechtigten Stellen auf

290) Dallinger-Lackner, § 6 JGG, Rn. 9

291) a. A. RGSt. 6, 416; wie hier: Schönke-Schröder, § 161 StGB, Rn. 5; LK-Mezger, § 161 StGB, Anm. 3

Strafrichter und Staatsanwalt beschränkt werden²⁹²⁾; die Strafe würde aber nicht getilgt²⁹³⁾ und würde auch weiterhin die Tilgung anderer Verurteilungen hindern.

In der Literatur wird, soweit ersichtlich einhellig, auch die Eidesfähigkeit als Fähigkeit im Sinne des § 3 Abs. I StTG angesehen.²⁹⁴⁾ Wenn aber auch durch den Verlust der Eidesfähigkeit der Ablauf der Tilgungsfrist gehemmt sein soll²⁹⁵⁾, so setzt dies voraus, daß die Hemmung zu irgendeinem Zeitpunkt wieder entfällt, d. h., daß die Eidesfähigkeit einmal wiedererlangt werden kann. Da die Aberkennung der Eidesfähigkeit gemäß § 161 StGB jedoch eine zeitlich unbeschränkte Dauerwirkung entfaltet, wäre § 3 Abs. I StTG insoweit nicht anwendbar.

Allerdings kann die Eidesfähigkeit im Gnadenwege wieder verliehen werden.²⁹⁶⁾ Gnadenerweise sind aber nahezu überall im Strafrecht möglich, und es ist durchaus unüblich, daß ihre Anwendung im Gesetz selbst geregelt wird.²⁹⁷⁾ Gerade das aber wäre indirekt geschehen, wenn § 3 StTG sich auch auf den Verlust der Eidesfähigkeit bezöge, weil dann von vornherein die Möglichkeit der gnadenweisen Wiederverleihung vorausgesetzt wäre.

292) § 100 Abs. II Satz 2 JGG

293) § 100 Abs. I JGG

294) Hartung, § 3 StTG, Anm. 3 d; Schäfer-Hellwig, § 3 StTG, Anm. 6; Schwarz-Kleinknecht, § 3 StTG, Anm. 3; Burchardi-Klempahn, § 3 StTG, Anm. II 2

295) Hartung, § 3 StTG, Anm. 8

296) Hartung, § 3 StTG, Anm. 3 d

297) § 8 StTG enthält zwar nach unserer Ansicht eine Gnadenentscheidung, aber diese betrifft nicht die Wiederverleihung der Eidesfähigkeit.

Gegen die in der Literatur vertretene Auslegung spricht auch ein Vergleich mit § 1 Abs. III Satz 1 und 3 StTG. Hiernach werden Verurteilungen zu Zuchthausstrafe grundsätzlich nicht getilgt. Gleichwohl erwähnt der Gesetzgeber ausdrücklich, daß in Sonderfällen eine Tilgung angeordnet werden kann, weist also auf die Ausnahme hin. Ein solcher Hinweis auf eine Ausnahme von der Regel fehlt jedoch in § 3 Abs. I StTG. Auch daraus ergibt sich, daß die Fristhemmung des § 3 Abs. I StTG sich nur auf die Regelfälle bezieht, nämlich auf solche Rechte und Fähigkeiten, die nach Ablauf einer bestimmten Frist - anders als im Gnadenwege - wiedererlangt werden können.

Wäre die gegenteilige Ansicht richtig, dann hätte es im übrigen auch näher gelegen und wäre einfacher und klarer gewesen, wenn der Gesetzgeber Verurteilungen, bei denen auf dauernde Aberkennung einzelner Rechte und Fähigkeiten zu erkennen ist, der Verurteilung zu Zuchthausstrafe in § 1 Abs. III StTG gleichgestellt hätte. Die Möglichkeit des Gnadenerweises wäre dann auch ohne ausdrückliche Erwähnung ohnehin bestehen geblieben. Wäre ein solcher erfolgt, dann hätte die Strafe nach § 8 StTG getilgt werden können, so, wie dies auch dann geschieht, wenn beispielsweise wegen Meineides auf Zuchthaus und Eidesunfähigkeit erkannt worden ist.²⁹⁸⁾

Die Folgerung, daß der Gesetzgeber auch die dauernde Aberkennung der Eidesfähigkeit als Hemmungsgrund für den Ablauf der Tilgungsfrist angesehen hätte, weil er die Möglichkeit eines Gnadenerweises von vornherein berücksichtigte, ist also nicht überzeugend. Mit-

298) vgl. § 8 Abs. II StTG

hin dürfte § 3 Abs. I StTG auf die Aberkennung der Eidesfähigkeit keine Anwendung finden.

Demnach müßte nach Ablauf der Tilgungsfrist die Verurteilung einschließlich der Aberkennung der Eidesfähigkeit getilgt werden, weil es eine nur teilweise Tilgung kraft Fristablaufes nicht gibt. Teilweise Tilgungen können allenfalls aufgrund einer Anordnung nach § 8 StTG erfolgen.²⁹⁹⁾ Das würde dann aber zu dem unpraktikablen Ergebnis führen, daß die Eidesunfähigkeit im Strafregister getilgt würde, gleichwohl aber gemäß § 161 StGB bestehen bliebe. Das Register würde also "unrichtig".

Für den früheren § 3 des österreichischen Tilgungsgesetzes von 1918, wonach der Verurteilte nach Tilgung der Verurteilung als gerichtlich unbescholten galt, war allerdings schon immer anerkannt, daß die Straftilgung ihrerseits auch die Eidesunfähigkeit wieder beseitige.³⁰⁰⁾ Indessen fehlte im österreichischen Recht eine dem § 161 StGB entsprechende Regelung. Vielmehr war in § 170 Ziff. 3 der Strafprozeßordnung vom 23.5.1873 (RGBl. Nr. 119) lediglich bestimmt, daß Personen, die schon einmal wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurteilt worden seien, nicht beeidet werden dürften. Aus der österreichischen Praxis können daher keine Rückschlüsse auf das deutsche Recht gezogen werden.

Vielmehr wird man mit Rücksicht auf die dargelegte unpraktikable Konsequenz mit der einhelligen Meinung

299) Hartung, § 26 StRegVO, Anm. 4; Hartung, § 8 StTG, Anm. 8 d dd

300) Altmann-Jacob, § 3 TilgG, Anm. 3, S. 1235 mit weiteren Nachweisen

im Schrifttum³⁰¹⁾ annehmen müssen, daß auch die Eidesfähigkeit als Fähigkeit im Sinne des § 3 Abs. I StTG anzusehen ist.

- bbb) Indessen ist außerordentlich zweifelhaft, ob § 161 StGB überhaupt noch geltendes Recht oder aber durch Art. 3 der Menschenrechtskonvention - zumindest teilweise - außer Kraft gesetzt worden ist.

Art. 3 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die durch Bundesgesetz vom 7.8.1952 (BGBl. II, 685 und 953) Gesetzeskraft erlangt hat und gegenüber § 161 StGB das spätere und demnach vorgehende Gesetz darstellt, verbietet, jemanden unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung zu unterwerfen. Unmenschlich ist eine Strafe oder Maßregel dann, wenn sie den Betroffenen im Kern seines Menschseins angreift und seine Menschenwürde mißachtet.³⁰²⁾ Das kann auch dadurch geschehen, daß im Einzelfall zwischen dem Anlaß und der Auswirkung einer Bestrafung ein unerträgliches Mißverhältnis besteht.³⁰³⁾ Ein derartiges Mißverhältnis könnte sich aber zwischen einer nicht mit Zuchthausstrafe geahndeten Meineidstat - nur von diesen Fällen sind wir ausgegangen - und der dauernden Aberkennung der Eidesfähigkeit ergeben.

301) Hartung, § 3 StTG, Anm. 3 d; Schäfer-Hellwig, § 3 StTG, Anm. 6; Schwarz-Kleinknecht, § 3 StTG, Anm. 3; Burchardi-Klempahn, § 3 StTG, Anm. II 2

302) OLG Köln, NJW 1963, 1749; OLG Celle, NdsRpfl. 1964, 255; Schwarz-Kleinknecht, Art. 3 MRK, Anm. 1

303) OLG Köln, NJW 1963, 1749; AG Wiesbaden, NJW 1963, 967; Guradze, NJW 1963, 966; Echtermöller, JZ 1956, 144; Pfeifer, S. 427

Wenngleich § 161 Abs. I StGB eine Nebenstrafe anzu-
drohen und nicht als Sicherungsmaßnahme gedacht zu
sein scheint³⁰⁴⁾, so hat die Rechtsprechung doch
nach einigem Schwanken in der Aberkennung der Eides-
fähigkeit eine "polizeiliche Vorbeugungs- und Si-
cherungsmaßregel" gesehen, die der Vermeidung einer
künftigen Schädigung der Rechtspflege dienen sol-
le.³⁰⁵⁾ Wenn dem auch grundsätzlich zuzustimmen ist,
so erweckt es doch Bedenken, wenn das Reichsgericht
ausführt³⁰⁶⁾, maßgebend sei die Erwägung, "daß Zeu-
gen, die ihre Eidespflicht verletzt haben, im Hin-
blick auf die dadurch gezeigte Unzuverlässigkeit und
Vertrauensunwürdigkeit ... zur Leistung eines Zeugen-
eides niemals (!) mehr fähig sein sollen".

Auch andere Sicherungsmaßregeln, wie die Aberkennung
der Amtsfähigkeit (§ 35 Abs. I StGB) und das Berufs-
verbot (§ 42 1 StGB), sind von vornherein befristet,
und die Unterbringung in Sicherungsverwahrung, Ar-
beitshaus, Heil- und Pflegeanstalt oder Trinkerheil-
anstalt wird in regelmäßigen Abständen durch das Ge-
richt überprüft und bei Erreichung des Sicherungs-
zweckes ausgesetzt (§ 42 f StGB); selbst eine dau-
ernde Entziehung der Fahrerlaubnis kann durch Ge-
richtsbeschluß wieder aufgehoben werden, wenn Grund
zu der Annahme gegeben ist, daß der Verurteilte zum
Führen von Kraftfahrzeugen nicht mehr ungeeignet sei
(§ 42 n Abs. I und VII StGB). "Hierin zeigt sich der
allgemeine Grundsatz, daß auch dem zu ... Sicherungs-
maßregeln Verurteilten die endliche Wiedereingliede-
rung in die Rechtsgemeinschaft ermöglicht werden soll
und daß auch der Schuldige als sittliche Persönlich-

304) vgl. Oetker, S. 200

305) RGSt. 60, 285 (286); BGHSt. 4, 157 (158); 6,
373 (375)

306) RGSt. 60, 286

keit darin geachtet werden soll, daß ihm das Gesetz eine solche Wiedereingliederung nicht unzumutbar erschwert."³⁰⁷⁾ Wenn dagegen nach geltendem Recht der Sicherungszweck bei einem einmal geleisteten Meineid erfordern soll, die Eidesfähigkeit auf Lebenszeit abzuerkennen, dann ist dies in Wirklichkeit keine Sicherungsmaßregel mehr, sondern eine echte Ehrenstrafe.³⁰⁸⁾ Daß die dauernde Aberkennung der Eidesfähigkeit nämlich keineswegs zum Schutze der Rechtspflege zwingend erforderlich ist, zeigt die Tatsache, daß der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 die Vorschrift ersatzlos gestrichen hat.³⁰⁹⁾

Gegen eine Qualifizierung der Maßnahme als Ehrenstrafe läßt sich auch nicht einwenden, die eidliche Erstattung einer Zeugenaussage beruhe nicht auf einem staatsbürgerlichen Recht, sondern auf einer staatsbürgerlichen Pflicht des Schwurpflichtigen, und die dauernde Befreiung von dieser Pflicht könne nicht das Wesen einer Strafe haben.³¹⁰⁾ Denn der Zeuge wird insofern bestraft, als ihm die Glaubwürdigkeit für immer aberkannt und er gezwungen wird, bei jeder Aussage die der Aberkennung zugrunde liegende Verurteilung zumindest indirekt zu offenbaren.

Diese Ehrenstrafe aber bewirkt jedenfalls in allen den Fällen, in denen der Meineid nicht mit Zuchthausstrafe geahndet worden ist, eine "menschlichen Maßen unerträgliche Erschwerung der Wiedereingliederung in die Rechtsgemeinschaft"³¹¹⁾, eine dauern-

307) OLG Köln, NJW 1963, 1750

308) ebenso Eb. Schmidt, § 331 StPO, Rn. 17; ähnlich auch BGHSt. 4, 157 (158): "... wirkt wie eine Ehrenstrafe".

309) E 1962, Begründung zu § 443

310) RGSt. 60, 286

311) OLG Köln, NJW 1963, 1750

de Brandmarkung³¹²⁾, die in krassem Mißverhältnis zur begangenen Tat steht. In diesen Fällen ist daher § 161 StGB durch Art. 3 MRK außer Kraft gesetzt worden.

Dieses Ergebnis wird von einer zeitweilig im Vordringen gewesenen Auffassung in der Rechtsprechung für die Fälle anerkannt, in denen der Meineid nur mit geringer Schuld begangen worden ist.³¹³⁾ Diese Fälle werden sich jedoch regelmäßig mit denen decken, in denen keine Zuchthausstrafe verhängt worden ist. Während aber das Amtsgericht Wiesbaden³¹⁴⁾ nur in diesen Fällen Eidesunfähigkeit überhaupt nicht aussprechen will, hält Guradze³¹⁵⁾ § 161 StGB für schlechthin aufgehoben. Nach Ansicht des OLG Köln³¹⁶⁾ dagegen soll in Fällen des Meineids mit geringer Schuld in entsprechender Anwendung des § 32 Abs. II StGB auf eine befristete Aberkennung der Eidesfähigkeit erkannt werden.³¹⁷⁾ Welcher Ansicht zu folgen ist, kann jedoch dahinstehen, weil Übereinstimmung besteht, daß in Fällen leichter Schuld - wir meinen: in Fällen, in denen keine Zuchthausstrafe verhängt worden ist - jedenfalls nicht auf dauernde Eidesunfähigkeit erkannt werden darf.

312) so der E 1962, Begründung zu § 443

313) OLG Köln, NJW 1963, 1748; OLG Braunschweig, OLGSt. § 161 StGB, S. 1; AG Wiesbaden, NJW 1963, 965; BGH (4. Senat), NJW 1964, 176, in einem Vorlegungsbeschuß, der aber später wieder zurückgezogen wurde; vgl. insoweit OLG Hamburg, OLGSt. § 161 StGB, S. 14

314) NJW 1963, 965

315) NJW 1963, 965

316) NJW 1963, 1748

317) Ähnlich OLG Braunschweig, OLGSt. § 161 StGB, S. 1, das aber die Frage, wann die Eidesunfähigkeit zu befristen sei, ganz dem Tatrichter überlassen will.

Auf den Ausgangspunkt unserer Überlegungen bezogen, würde das bedeuten, daß nach Ablauf der Frist, die für die Eidesunfähigkeit bestimmt worden war³¹⁸⁾, die Verurteilung wegen Meineides getilgt werden könnte (§ 3 Abs. I StTG). Folglich könnten Tilgung der Verurteilung und Fortdauer der Eidesunfähigkeit niemals zusammentreffen. Wenn nämlich die Strafe getilgt worden wäre, hätte der Verurteilte zuvor schon die Eidesfähigkeit wiedererlangt. Mithin dürfte auch nicht gemäß § 4 Abs. IV Satz 3 StTG deshalb nach getilgten Vorstrafen gefragt werden, um festzustellen, ob der Zeuge unfähig ist, eidlich vernommen zu werden (§§ 68 a Abs. II, 60 Ziff. 2 StPO).

Jene vorstehend dargelegte Rechtsprechung vermochte sich jedoch nicht durchzusetzen. Nachdem bereits mehrere Oberlandesgerichte die Vereinbarkeit des § 161 StGB mit Art. 3 MRK bejaht hatten³¹⁹⁾, entschied der Bundesgerichtshof am 19.1.1965³²⁰⁾ im gleichen Sinne und brachte damit die Diskussion jedenfalls für die Praxis zu einem vorläufigen Abschluß.

Die Vereinbarkeit des § 161 StGB mit Art. 3 MRK begründet der BGH damit, daß die angebliche Brandmarkungswirkung gar nicht eine Folge dieser Vorschrift, sondern eine Wirkung der Meineidstat und der deswegen erfolgten Verurteilung sei. Die Vorschrift des § 161 StGB sei auch nur deshalb erforderlich gewesen, weil der Gesetzgeber die benannten Strafmilderungsgründe der §§ 157, 158 StGB von der Nebenfolge der Eidesunfähigkeit habe ausnehmen wollen. Hätte er

318) wenn man OLG Köln und OLG Braunschweig, a. a. O. folgt.

319) Nachweis bei Roxin, JZ 1965, 559

320) BGH NJW 1965, 770

das nämlich nicht gewollt, dann hätte es genügt, in die Straf- und in die Zivilprozeßordnung bezüglich der Zeugen eine dem § 452 Abs. IV ZPO³²¹⁾ entsprechende Vorschrift einzufügen, um den jetzt durch § 60 Ziff. 2 StPO³²²⁾ und § 393 Ziff. 2 ZPO³²³⁾, jeweils in Verbindung mit § 161 StGB, bewirkten Erfolg zu erzielen. Gerade daraus aber folge die rein verfahrensrechtliche Natur des § 161 StGB, der jeglichen Strafcharakters entbehre.

Die Entscheidung vermag jedoch schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie die strafregisterlichen Auswirkungen des § 161 StGB völlig unberücksichtigt läßt.³²⁴⁾ Nach der wohl einhelligen Meinung im Schrifttum hindert nämlich die Eidesunfähigkeit gemäß § 3 Abs. I StTG die Tilgung der zugrunde liegenden Verurteilung und sämtlicher etwa nachfolgender Verurteilungen³²⁵⁾ in den Fällen, in denen keine Zuchthausstrafe verhängt wurde.³²⁶⁾ Damit hat der Ausspruch über die Eidesunfähigkeit und nicht etwa die Verurteilung wegen Meineides eine weit über den Rahmen einer Verfahrensvorschrift hinausgehende Wirkung, die in einem groben Mißverhältnis zu dem mit

321) "Die Beeidigung einer Partei, die wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt ist, ist unzulässig."

322) "Von der Vereidigung ist abzusehen bei Personen, die nach den Vorschriften der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden."

323) Unbeeidigt sind zu vernehmen Personen, die nach den Vorschriften der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden."

324) Dasselbe gilt auch für die bei Roxin, JZ 1965, 559, zitierten gleichlautenden Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

325) Hartung, § 3 StTG, Anm. 3 d; Schäfer-Hellwig, § 3 StTG, Anm. 6; Schwarz-Kleinknecht, § 3 StTG, Anm. 3; Burchardi-Klempahn, § 3 StTG, Anm. II 2

326) ebenso auch Roxin, JZ 1965, 561

geringerer Schuld begangenen Meineid steht.³²⁷⁾

Da der BGH die Auswirkungen auf das Strafregister nicht untersucht hat, gehen auch seine weiteren Folgerungen fehl. Gäbe es nämlich den § 161 StGB nicht, dann könnte eine nicht mit Zuchthausstrafe verbundene Verurteilung wegen Meineides nach § 1 StTG getilgt werden, weil § 3 Abs. I StTG nicht entgegenstünde. Gemäß § 5 Abs. II StTG gälte sie folglich nicht mehr als Bestrafung im Sinne solcher Vorschriften, die an die Bestrafung Rechtsnachteile knüpfen. Das wiederum hätte zur Folge, daß sie auch nicht mehr als Verurteilung im Sinne des § 452 Abs. IV ZPO gälte, wonach die Beeidigung einer wegen Meineids verurteilten Partei unzulässig ist.³²⁸⁾

Im Schrifttum wird versucht, das Ergebnis der Entscheidung des BGH mit der Erwägung zu stützen, daß die aufgezeigten strafregisterlichen Folgen keine unmittelbare Auswirkung des § 161 StTG, sondern solche des Straftilgungsgesetzes seien.³²⁹⁾

Selbst wenn man dieser Folgerung zustimmt, so bleibt doch noch als unmittelbare Folge des § 161 StTG immer noch die lebenslängliche Aberkennung der Glaubwürdigkeit und die damit verbundene Brandmarkung des Verurteilten, die in keinem Verhältnis zu dem Vorwurf steht, daß der Verurteilte einmal falsch geschworen habe.³³⁰⁾ Dem wiederum läßt sich wirklich nur rein theoretisch entgegenhalten, daß "zwischen

327) Brauser, NJW 1965, 1088

328) vgl. Hartung, § 4 StTG, Anm. 9 b cc

329) Roxin, JZ 1965, 561

330) so der E 1962, Begründung zu § 443

beeideten und nicht beeideten Aussagen kein qualitativer Unterschied bestehe"³³¹⁾; der Richter sei nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung "gehalten, jede Aussage selbständig auf ihren Wert zu prüfen und gegebenenfalls die glaubwürdige Darstellung des Eidesunfähigen der weniger einleuchtenden Aussage eines Eidesfähigen vorzuziehen".³³²⁾ Im übrigen attestiere der Gesetzgeber dem Zeugen keineswegs mangelnde Wahrheitsliebe, sondern verzichte lediglich auf den Gewissensdruck des Eideszwanges.³³³⁾ Die Praxis jedoch vertritt den Standpunkt, "daß Zeugen, die ihre Eidespflicht verletzt haben, im Hinblick auf die dadurch gezeigte Unzuverlässigkeit und Vertrauensunwürdigkeit" (!) "... zur Leistung eines Zeugeneides niemals mehr fähig sein sollen"³³⁴⁾ und daß "der frühere Meineid eine für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen erhebliche Tatsache" sei³³⁵⁾.

Im Ergebnis ist daher der älteren Rechtsprechung beizutreten, wonach § 161 StGB jedenfalls insoweit gegen Art. 3 MRK verstößt, als er auch bei einer Verurteilung wegen Meineides mit geringer Schuld - wir meinen: bei Verurteilung zu anderer als Zuchthausstrafe - die dauernde Aberkennung der Eidesfähigkeit vorschreibt.

Daraus folgt weiter für die "besonderen" Gründe, aus denen Gericht und Staatsanwalt von dem Zeugen Auskunft auch über getilgte Vorstrafen verlangen

331) Roxin, JZ 1965, 560

332) Roxin, a. a. O.

333) Roxin, a. a. O.

334) RGSt. 60, 285 (286)

335) BGH NJW 1965, 772

können, daß eine solche Frage nicht deshalb gestellt werden darf, um die Eidesfähigkeit des Zeugen zu prüfen. Denn wenn die Strafe getilgt ist, ist der Zeuge auch wieder eidesfähig (vgl. § 3 Abs. I StTG).

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß Zeugen nur dann nach getilgten Vorstrafen gefragt werden dürfen, wenn festgestellt werden soll, ob sie wegen der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, oder wegen Beteiligung an ihr oder wegen Begünstigung oder Hehlerei bereits verurteilt sind (§§ 4 Abs. IV Satz 3 StTG, 68 a Abs. II, 60 Ziff. 3 StPO).

5. Unabhängig von der dargelegten notwendigen Einschränkung des Satz 3 des § 4 Abs. IV StTG ist die Vorschrift jedoch bedenklich. Selbst wenn die Praxis diesen Einschränkungen folgte, so läßt sich doch nicht vermeiden, daß durch die Erörterung der Vorstrafen diese wiederum einem größeren Personenkreis bekannt werden, was für den erneut Angeklagten dann umso mißlicher ist, wenn er freigesprochen wird, und dem Zeugen in jedem Falle ungerechtfertigte Nachteile bringt, weil er von dem Strafverfahren ja nicht betroffen wird.

Die Praxis liefert Beispiele: So war in einem vom Bundesverwaltungsgericht zu entscheidenden Falle³³⁶⁾ ein Lehrer wegen Unzucht mit Abhängigen angeklagt worden. Die Anklageschrift, die auch eine - eventuell zu Beweis Zwecken verwertbare - getilgte Verurteilung wegen desselben Deliktes erwähnte, wurde auch der Anstellungsbehörde zugestellt. Der Lehrer wurde jedoch freigesprochen. Gleichwohl nahm die Anstellungsbehörde die getilgte Vorstrafe zum Anlaß, das Beam-

336) BVwG MDR 1961, 712

tenverhältnis für nichtig zu erklären. Selbst wenn dies nicht geschehen wäre, so wäre trotzdem nunmehr die getilgte Verurteilung wieder bekannt gewesen. Sie wird ferner in allen derartigen Fällen in der Hauptverhandlung erörtert. Handelt es sich gar bei dem Angeklagten um eine Persönlichkeit des öffentlichen Lebens, dann sorgt auch die Presse noch für eine möglichst weitgehende Verbreitung dieser - wertbaren - Vorstrafe.

- a) Diese Auswirkungen könnten nur dann wenigstens eingeschränkt werden, wenn es möglich wäre, die Öffentlichkeit bei der Erörterung von Vorstrafen auszuschließen, obwohl auch dann jenem Lehrer nicht geholfen wäre. Bei Jugendlichen und Heranwachsenden stellt sich das Problem nicht, weil in diesen Verfahren die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist (§ 48 Abs. I und II JGG) oder ausgeschlossen werden kann (§ 109 Abs. I Satz 2 JGG). Die Frage stellt sich jedoch für die über 21jährigen, die insoweit nicht weniger schutzwürdig sind.

Zu denken wäre an § 247 StPO, der ein Abtreten anderer Angeklagter ermöglicht, und an eine ergänzende Auslegung der §§ 169 ff GVG.³³⁷⁾ Insbesondere könnte eine großzügige Handhabung des § 172 GVG zugunsten eines schwer in seiner Existenz bedrohten Angeklagten schon deshalb verantwortet werden, weil die Verfahrensrüge des Verstoßes gegen die Vorschriften der Öffentlichkeit sicherlich von der Verteidigung in der Regel nicht erhoben würde.³³⁸⁾

337) vgl. Potrykus, § 100 JGG, Anm. 1

338) so Kohlhaas, NJW 1953, 851

Es mag jedoch dahinstehen, ob die Hoffnung auf die Fairneß des Verteidigers in allen Fällen begründet und nicht die Befürchtung berechtigt ist, daß dieser auf der Suche nach Revisionsgründen doch, wenn vielleicht auch ungern, auf den Verfahrensverstoß zurückkommt. Aber auch dann, wenn diese Gefahr nicht besteht, vermag dies nichts daran zu ändern, daß eine Anwendung des § 172 GVG mangels Vorliegens seiner Voraussetzungen schlechthin unzulässig ist. Da es sich bei dem Ausschluß der Öffentlichkeit nur um ein nobile officium des Gerichts handeln kann, darf das Gericht aus ihm umsoweniger die Berechtigung zu einer Gesetzesverletzung herleiten, als der Gesetzgeber diese für so schwerwiegend hielt, daß er sie als absoluten Revisionsgrund ansah (§ 338 Ziff. 6 StPO).³³⁹⁾

Man könnte aber einwenden, § 172 GVG sei durch Art. 6 Abs. I Satz 2 der Menschenrechtskonvention dahin erweitert worden³⁴⁰⁾, daß die Öffentlichkeit auch dann ausgeschlossen werden kann, wenn der "Schutz des Privatlebens der Prozeßparteien es verlangt"³⁴¹⁾. Die Erörterung getilgter Vorstrafen des Angeklagten erfüllt diese Voraussetzung aber längst nicht in allen Fällen.³⁴²⁾

- b) Da auch der Ausschluß der Öffentlichkeit nicht alle nachteiligen Folgen des § 4 Abs. IV Satz 3 StTG für

339) so mit Recht Mayer, NJW 1954, 501

340) Schorn, DRiZ 1963, 340; Humborg, NJW 1966, 1015

341) Nach Schwarz-Kleinknecht, Art. 6 MRK, Anm. 5, handelt es sich dagegen nicht um geltendes Recht, sondern nur um die Festlegung äußerster Grenzen für den Gesetzgeber.

342) a. A. Humborg, NJW 1966, 1017

den Angeklagten zu beseitigen vermag, bleibt nur noch die Möglichkeit, diese Ausnahmenvorschrift zu streichen. Dagegen ließe sich natürlich einwenden, auf sie könne im Interesse der Wahrheitsfindung nicht verzichtet werden. Dieser Einwand wäre aber nur stichhaltig, wenn nur der, der eine getilgte Vorstrafe aufzuweisen hat, straffällig geworden wäre. Auch ein nicht Vorbestrafter kann jedoch strafbare Handlungen - mit größerem Glück - begangen haben, und es ist durchaus zu vertreten, denjenigen ihm gleichzustellen, der eine Strafe verbüßt und sich bewährt hat.³⁴³⁾ Da Satz 3 des § 4 Abs. IV StTG ohnehin nur einen ganz begrenzten Anwendungsbereich hat, stehen die Vorteile der Vorschrift für die Strafverfolgung in gar keinem Verhältnis zu den Nachteilen, die dem Verurteilten aus ihrer Anwendung erwachsen. Eine Streichung der Vorschrift wäre daher zu begrüßen.

- II. Abschließend sollen noch die Wirkungen der Straftilgung außerhalb eines neuen Strafverfahrens untersucht werden. Auch hierbei ist der Grundsatz, daß die getilgte Verurteilung als nicht mehr existent gilt, im Anschluß an § 3 des österreichischen Tilgungsgesetzes von 1918 dahin zu präzisieren, daß fortan die rechtliche und sittliche Integrität des Verurteilten wiederhergestellt ist. Jedoch ist jeder Versuch einer weitergehenden Systematik zum Scheitern verurteilt. Das zeigt der Versuch von Altmann-Jacob³⁴⁴⁾, zu unterscheiden, ob nachteilige Wirkungen der Verurteilung an die Begehung der strafbaren Handlung selbst anknüpfen, was zulässig sein soll, oder ob sie erst an die Verurteilung anknüpfen.

³⁴³⁾ Kohlhaas, NJW 1953, 851

³⁴⁴⁾ Altmann-Jacob, § 3 TilG, Anm. 5, S. 1237 f

Wäre diese Unterscheidung richtig, dann stünde einer Verwertung der getilgten Strafe im Rahmen der Strafzumessung nichts im Wege, denn die Rechtsprechung knüpft ja ausdrücklich nur an die Begehung der Tat an. Entgegen ihrem eigenen Schema halten denn auch Altmann-Jacob dies für unzulässig.³⁴⁵⁾ Unabhängig von jeglicher Systematik ist daher in jedem Einzelfall zu untersuchen, wie den Absichten des Gesetzgebers am besten Genüge getan werden kann.³⁴⁶⁾

Soweit im Folgenden Rechtsfolgen einer Verurteilung zu Zuchthausstrafe erörtert werden, soll davon ausgegangen werden, daß die Verurteilung, die ja im Regelfall nicht getilgt wird, gemäß § 8 Abs. I StTG getilgt worden ist.

1. Gemäß § 31 Abs. I StGB hat die Verurteilung zu Zuchthausstrafe die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zur Folge.³⁴⁷⁾ Beide Strafen³⁴⁸⁾ dürfen gegen Jugendliche nicht verhängt werden (§§ 17, 6 JGG). Eine Tilgung der Zuchthausstrafe kann nur nach § 8 Abs. I StTG erfolgen. Nach § 8 Abs. II StTG soll sie allerdings nicht erfolgen, solange der Verurteilte die verlorenen Rechte und Fähigkeiten nicht wiedererlangt hat. Ebenso wie oben bezüglich der Eidesfähigkeit wäre auch hier zu erwägen, ob diese Vorschrift sich auch auf solche Fähigkeiten bezieht, deren der Verurteilte auf Dauer verlustig geht. Auch hier wird man diese Frage jedoch

345) Altmann-Jacob, § 3 TilgG, Anm. 3, S. 1236

346) vgl. zum Folgenden Oetker, S. 198 ff

347) Darauf, daß diese Vorschrift völlig antiquiert ist, weist Kohlhaas, DRiZ 1957, 178, zutreffend hin.

348) Schönke-Schröder, § 31 StGB, Rn. 1

mit Rücksicht auf die unpraktikable Konsequenz bejahen müssen, daß anderenfalls die Strafe getilgt würde, die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aber gleichwohl bestehen bliebe.

Für das österreichische Recht wird allerdings angenommen, daß die Tilgung auch die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter wieder beseitige³⁴⁹⁾, weil sie sich mit der wiedererlangten Integrität des Verurteilten nicht mehr vertrage. Diese Ansicht ist aber jedenfalls mit § 31 des deutschen Strafgesetzbuches nicht vereinbar.

§ 32 StGB erlaubt, sowohl neben Zuchthaus-, wie auch neben Gefängnisstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen. Gegen Jugendliche darf diese Nebenstrafe³⁵⁰⁾ jedoch nicht verhängt werden (§ 6 JGG). Soweit eine zeitige Zuchthaus- oder eine Gefängnisstrafe verhängt worden ist, ist auch die Dauer der Nebenstrafe gemäß § 32 Abs. II StGB zeitlich beschränkt. Einer Tilgung der Strafe nach § 8 StTG oder einer Tilgung der Gefängnisstrafe nach Fristablauf stehen dann aber unter Umständen § 8 Abs. II oder § 3 Abs. I StTG entgegen, wonach zunächst die bürgerlichen Ehrenrechte wiedererlangt werden müssen. Hier entsteht daher gar nicht die Frage nach den Wirkungen der Straftilgung. Entsprechendes gilt für die gemäß § 35 Abs. I StGB neben einer Gefängnisstrafe ausgesprochene zeitige Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter.

Ist die Frist abgelaufen, während derer der Verurteilte der bürgerlichen Ehrenrechte, bzw. der Fähig-

349) Oetker, S. 199, 200

350) Schönke-Schröder, § 32 StGB, Rn. 1

keit zur Bekleidung öffentlicher Ämter verlustig gehen sollte, so erlangt er zwar diese Rechte und Fähigkeiten wieder, jedoch ergibt sich aus §§ 33 und 35 Abs. II StGB, daß der Verlust der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, sowie der Verlust der bekleideten Ämter, der Würden, Orden und Ehrenzeichen bestehen bleibt. An dieser durch die Rechtsbeschränkung vor der Straftilgung geschaffenen Rechtslage vermag die Wiederherstellung der Integrität des Verurteilten nichts zu ändern, weil sie keine Rückwirkung entfaltet. Da die zeitweise verlorenen Fähigkeiten mit der Tilgung jedoch wiedererworben werden, ist auch der Wiedererwerb der konkreten Ämter, etc. nicht ausgeschlossen.³⁵¹⁾ Entsprechendes gilt für die mannigfaltigen Rechtsfolgen in zahlreichen Spezialgesetzen, die an den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte anknüpfen.³⁵²⁾

§ 34 StGB wirft keine besonderen Fragen auf, weil er lediglich bestimmt, daß der Verurteilte während der Dauer der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bestimmte öffentliche Funktionen nicht ausüben kann.

2. Von den in Spezialgesetzen geregelten an die Verurteilung anknüpfenden Rechtsfolgen sollen noch die im Bundesbeamtengesetz und im Beamtenrechtsrahmengesetz³⁵³⁾ geregelten näher untersucht werden, weil das Beamtenverhältnis besonders geeignet ist, als Modellfall für ähnliche Rechtsverhältnisse zu dienen.

351) ebenso Schönke-Schröder, § 33 StGB, Rn. 1

352) Aufstellung bei Schönke-Schröder, § 32 StGB, Rn. 11

353) beide in der Fassung vom 22.10.1965 (BGBl. I, 1776 und 1754)

Gemäß §§ 48 BBG, 24 Abs. I BRRG erlischt das Beamtenverhältnis unter anderem dann, wenn der Beamte zu Zuchthaus oder wegen vorsätzlich begangener Tat zu Gefängnis von einem Jahr oder längerer Dauer verurteilt wird. Wird die Strafe getilgt, dann lebt zwar das Beamtenverhältnis nicht ipso iure wieder auf, der Verurteilte müßte aber die Fähigkeit wiedererlangt haben, zum Beamten ernannt zu werden.

Dem scheinen allerdings die §§ 12 Abs. I Ziff. 2 BBG, 9 Abs. I Ziff. 2 BRRG entgegenzustehen, wonach die Ernennung zum Beamten zurückzunehmen ist, wenn nicht bekannt war, daß der Ernannte ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das ihn der Berufung in das Beamtenverhältnis unwürdig erscheinen läßt, und er deswegen rechtskräftig zu einer Strafe verurteilt worden war oder wird. Das bedeutet, daß eine Ernennung aus diesen Gründen auch von vornherein abgelehnt werden kann.

Die "Unwürdigkeit" des Bewerbers, d. h. seine sittliche und rechtliche Integrität, wird aber durch die Tilgung der Verurteilung wiederhergestellt. Mit den Tilgungsvorschriften vereinbar ist daher nur eine solche Auslegung der erwähnten Vorschriften, die deren Rechtsfolgen auf die Zeit vor der Tilgung der Strafe beschränkt.

In diesem Sinne hat auch das Verwaltungsgericht Berlin³⁵⁴⁾ in einem Falle entschieden, in dem der Kammergerichtspräsident in Berlin die Zulassung eines Referendars zum Vorbereitungsdienst mit der Begründung widerrufen hatte, der Referendar habe dadurch, daß er trotz ausdrücklicher Befragung seine - getilg-

354) NJW 1953, 718

te - Vorstrafe verschwiegen habe, eine Haltung gezeigt, die eines Referendars unwürdig sei. Zutreffend führt das Gericht aus, der Kläger (Referendar) sei gemäß § 4 Abs. IV StTG ohne weiteres befugt gewesen, die Frage des Beklagten (Kammergerichtspräsident) nach Vorstrafen zu verneinen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aufgrund des zwischen dem Kläger und dem Beklagten bestehenden Vertrauensverhältnisses. "Wie der Kläger mit Recht geltend macht, durfte der Beklagte als Einstellungsbehörde die Frage nach getilgten Vorstrafen überhaupt nicht stellen. Das ergibt sich eindeutig aus dem heute noch als gültig anzusehenden Erlaß des Reichsjustizministers vom 7.12.1939³⁵⁵⁾ zu § 4 StTG, sowie dem im wesentlichen gleichlautenden Runderlaß des Reichsministers des Innern vom 4.2.1941³⁵⁶⁾. Hiernach werden die betroffenen Einstellungsbehörden angewiesen, in Formblättern, in denen nach gerichtlichen Strafen gefragt und dabei etwa die Angabe auch getilgter Vorstrafen gefordert wird, die Frage nach getilgten Vorstrafen zu streichen und in die Formblätter als Fußnote die Bemerkung aufzunehmen, daß im Strafregister getilgte Strafen nicht angegeben zu werden brauchen." - Schließlich könne der Beklagte auch nicht mit dem Einwand gehört werden, es könne ihm nicht zugemutet werden, einen Referendar zu beschäftigen, von dem Angestellte derselben Dienststelle wüßten, daß er wegen Rauschgifthandels zu 2 Jahren Gefängnis verurteilt worden sei. Denn § 4 Abs. IV StTG verpflichte den Beklagten, den Kläger schlechthin als unbestraft zu behandeln.

355) 4240 - II a 4 1434/39 - Fundstelle nicht mitgeteilt

356) RMBIIsV, S. 209

Insbesondere gegen diesen letzten Teil der Begründung wendet sich Creifelds³⁵⁷⁾ in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung. Ausgangspunkt seiner Kritik ist die - hier schon mehrfach widerlegte - Behauptung, daß § 4 Abs. IV StTG nicht dazu verpflichte, den Verurteilten als unbestraft zu behandeln, so daß folglich die Wirkungen der Straftilgung dann endeten, wenn die Verurteilung von dritter Seite bekannt werde.³⁵⁸⁾ Dann hindere auch § 4 Abs. IV StTG nicht die Anfechtung eines Anstellungsvertrages wegen Irrtums über die Persönlichkeit des Angestellten, und ebenso könne der Verurteilte entlassen werden, wenn seine Weiterbeschäftigung im Betrieb für den Arbeitgeber untragbar sei (Störung des Arbeitsfriedens). Dem entspreche im öffentlichen Dienst die Zurücknahme der Ernennung.

Was zunächst die Anfechtung wegen Irrtums anbetrifft, - eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist durch § 4 Abs. IV StTG ohnehin ausgeschlossen - so hält Wachinger³⁵⁹⁾, auf den Creifelds sich beruft, sie zwar grundsätzlich für zulässig³⁶⁰⁾. Allerdings, so führt er weiter aus, nötigten aber die dem Straftilgungsgesetz zugrunde liegenden Gedanken mittelbar dazu, die sittliche Berechtigung einer Anfechtung oder Kündigung nach Lage des Einzelfalles besonders sorgfältig zu prüfen. Darüber hinaus hat jedoch bereits das Reichsarbeitsgericht³⁶¹⁾ anerkannt, daß verschleiene irrelevante Vorstrafen keine zur Anfechtung berechtigenden wesentlichen Eigenschaften im Sinne des

357) NJW 1963, 718

358) dagegen auch Verwaltungsgericht Berlin, a. a. O.

359) DJ 1940, 866

360) Die Lösung eines Arbeitsverhältnisses kann sowohl durch Kündigung, wie auch durch Anfechtung erfolgen - BAG JZ 1958, 511

361) RAG ARS 36, 147

§ 119 Abs. II BGB sein könnten. Getilgte Vorstrafen aber sollen nach dem Willen des Gesetzgebers irrelevant sein.³⁶²⁾

Dagegen scheint das Argument der Störung des Arbeitsfriedens auf den ersten Blick einleuchtend. Es birgt jedoch die Gefahr, nur als Vorwand dafür zu dienen, daß der Arbeitgeber oder Dienstherr den Verurteilten einfach nicht mehr weiter beschäftigen will. Nur in seltenen Fällen wird es nämlich zu einer ernsthaften Störung der Art kommen, daß die übrigen Arbeitnehmer oder Angehörigen einer Behörde sich weigern, mit dem Verurteilten weiter zusammenzuarbeiten. Und nur in solchen seltenen Fällen, in denen ein geordneter Betrieb nicht mehr aufrechterhalten werden kann, kann auch die getilgte Verurteilung einen Grund zur Entlassung bilden.

Dagegen hat in dem vom Verwaltungsgericht Berlin entschiedenen Falle der Kammergerichtspräsident sich lediglich auf die Unzumutbarkeit der weiteren Beschäftigung des Referendars berufen. Dieser Einwand wäre begründet, wenn die Verurteilung noch ehrenrührig wäre. Da die rechtliche und sittliche Integrität des Verurteilten aber wiederhergestellt ist, wäre gerade von einer Behörde, die von Außenstehenden ja mit "dem Staat" identifiziert wird, zu erwarten, daß sie diesem gesetzgeberischen Willen mit dem nötigen Nachdruck Geltung verschafft. Der Einwand, daß ein Beamter eben besonders integer sein müsse, ist nicht stichhaltig, weil die Straftilgung keine Integrität minderer Art schafft.

Andererseits muß der Verurteilte die Nachteile eben in Kauf nehmen, die ihm daraus entstehen, daß in

³⁶²⁾ Gürtner, DJ 1939, 820

seiner Umgebung die getilgte Verurteilung bekannt ist. Gegen eine weitere Verbreitung dieser Kenntnis kann er sich jedoch mit den Mitteln des strafrechtlichen Ehrenschatzes (§§ 185 ff StGB) zur Wehr setzen, wie weiter unten noch darzulegen sein wird.

Wie schwerwiegend die von Creifelds befürwortete Durchbrechung der Tilgungswirkungen ist, zeigt die Rechtsprechung, die überwiegend auf einem anderen Standpunkt steht als das Verwaltungsgericht Berlin.

Nach einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts³⁶³⁾ ist die Behörde, die von einer getilgten Verurteilung eines Beamten erfährt, in keinem Falle gehindert, das Beamtenverhältnis für nichtig zu erklären, weil die Verurteilung keineswegs als nicht geschehen zu behandeln sei. Zur Begründung beruft sich das Gericht auf die von uns abgelehnte Entscheidung des Reichsgerichts vom 16.4.1940³⁶⁴⁾.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes³⁶⁵⁾ besitzt der vorbestrafte Leiter eines Kreditinstitutes nicht die nach § 4 Kreditwesengesetz erforderliche "Ehrbarkeit", auch wenn die Verurteilung bereits seit Jahrzehnten getilgt ist, weil § 4 Abs. IV StTG nicht so weit gehe, dem Gemeinwohl dienende besondere Schutzvorschriften einzuengen. Diese Argumentation krankt an dem bekannten Fehler, daß sie einem Satz, der selbst erst einmal bewiesen werden müßte, die Rolle eines Beweisgrundes zulegt. Denn der BGH versucht mit keinem Wort den Nachweis, daß § 4 Kreditwesengesetz etwa den später erlassenen § 4

363) BVwG NJW 1961, 1985 = MDR 1961, 712

364) RGSt. 74, 177 - s. o. S. 61 ff

365) BGHSt. 6, 243

Abs. IV StTG eingeengt oder außer Kraft gesetzt hätte.³⁶⁶⁾

Gerade mit der vom BGH gefundenen Begründung könnten dann aber auch zumindest alle die staatlichen und halbstaatlichen Organisationen den Anspruch auf "besondere Ehrbarkeit ihrer Angestellten erheben, die insofern Sonderrechte haben, als ihnen - im Gegensatz zu Privatpersonen³⁶⁷⁾ - Auskunft aus dem Strafregister erteilt wird.³⁶⁸⁾ Und den gleichen Anspruch könnten dann auch alle privaten Arbeitgeber erheben, die besondere Vertrauensstellungen zu vergeben haben, denn "besondere Treueverhältnisse erfordern besondere Treuepflichten".³⁶⁹⁾ Damit würden aber alle Resozialisierungsbemühungen gerade im Arbeitsleben endgültig zunichte gemacht, und der Verurteilte wäre - und ist es ohnehin - sein ganzes Leben lang nie sicher, nicht doch wieder entlassen zu werden.³⁷⁰⁾

Entgegen dieser Rechtsprechung ist daher daran festzuhalten, daß die Straftilgung die Integrität, Würdigkeit, Ehrbarkeit, und wie immer die Generalklauseln lauten mögen, des Verurteilten wiederherstellt.³⁷¹⁾

366) so mit Recht Endemann, BB 1955, 509 f

367) vgl. § 36 Abs. I StRegVO

368) vgl. die fast unübersehbare Zahl bei Hartung, Anh. IV

369) so ausdrücklich Seibertz, DR 1942, 558; ihm folgend Creifelds, NJW 1953, 719

370) weitere Beispiele bei Kohlhaas, DRiZ 1957, 177

371) Abzulehnen daher auch BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB - Fürsorgepflicht - wonach die Anstellungsbehörde ein berechtigtes Interesse daran haben könne, den Strafregistrauszug über eine getilgte Verurteilung eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers in den Personalakten zu belassen.

3. Auch bei Verurteilungen, durch die Sicherungsmaßregeln verhängt wurden, stellt sich die Frage nach den Wirkungen der Straftilgung. Soweit solche Verurteilungen aber überhaupt der Tilgung unterliegen, sind regelmäßig die Tilgungsfristen länger als die zulässige Dauer der Maßregeln. In Frage kommen hier vor allem die in § 42 a StGB aufgeführten Maßnahmen, sowie die Stellung unter Polizeiaufsicht nach §§ 38, 39 StGB. Gegen Jugendliche darf nur auf Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt und auf Entziehung der Fahrerlaubnis erkannt werden (§§ 6, 7 JGG). Tilgungsfristen laufen jedoch nicht bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung und der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt (§ 1 Abs. III StTG). Eine Ausnahme gilt dann, wenn letztere Maßnahme gegen Jugendliche verhängt worden ist (§ 95 JGG).

Die Frage nach den Wirkungen der Tilgung kann daher im wesentlichen nur dann entstehen, wenn eine vorzeitige Tilgung nach § 8 StTG oder - bei Jugendlichen - die Beseitigung des Strafmakels durch Richterspruch angeordnet wurde. Eine solche Anordnung wird aber wiederum solange nicht ergehen, als die Sicherungsmaßregeln noch andauern. Eine Ausnahme wird man jedoch bezüglich der Entziehung der Fahrerlaubnis mit lebenslänglicher Sperrfrist machen müssen (§ 42 n Abs. I StGB), weil dieser Maßregel nicht eine so weitgehende Wirkung zugelegt werden kann wie die Sperrung der Tilgung.³⁷²⁾

Sicherungsmaßregeln im weiteren Sinne sind auch die Vorschriften, die die Berufsausübung regeln, also insbesondere solche des Gewerberechts. Sie binden

372) Hartung, NJW 1964, 82; dort Einzelheiten zu Entziehung der Fahrerlaubnis und Straftilgung.

die Erteilung einer Gewerbeerlaubnis in der Regel an bestimmte persönliche Voraussetzungen des Antragstellers. Regelmäßig ist die Erlaubnis zu versagen, wenn der Antragsteller wegen bestimmter Delikte verurteilt worden ist.³⁷³⁾ Daß dieser Hinderungsgrund mit der Straftilgung beseitigt ist, ergibt sich schon aus der 2. Alternative des § 5 Abs. II StTG, wonach die Verurteilung nicht mehr als Bestrafung im Sinne solcher Vorschriften gilt, die für den Fall, daß der Täter bereits bestraft ist, Rechtsnachteile androhen.

Die Verurteilung wegen bestimmter Delikte ist jedoch nur ein Unterfall der persönlichen Unzuverlässigkeit des Antragstellers,³⁷⁴⁾ die generell die Versagung der Erlaubnis zur Folge hat. Aber auch dann, wenn das Gesetz schlechthin auf die "Zuverlässigkeit" abhebt, kann diese nicht mehr unter Hinweis auf die Verurteilung verneint werden. Denn mit der Tilgung der Verurteilung gilt der Verurteilte als unbescholten. Die Verurteilung darf in keiner Weise mehr als Anknüpfungspunkt für nachteilige Rechtsfolgen dienen.³⁷⁵⁾

4. Strafgerichtliche Verurteilungen können auch im bürgerlichen Recht häufig zur Ausfüllung von Generalklauseln, wie "ehrloses oder unsittliches Verhalten" dienen. Diese Klauseln finden sich insbesondere bei der Regelung von Rechtsbeziehungen, die auf einem besonderen persönlichen Verhältnis beruhen. Auch hier gilt es, die Wirkungen der Straftilgung zu untersuchen.

373) vgl. z. B. § 33 d Abs. III GewO

374) vgl. wiederum § 33 d Abs. III GewO

375) weitergehend Oetker, S. 211: "Die Rehabilitation wirkt als Beweisgrund des Wohlverhaltens."

So kann nach § 43 Satz 1 Ehegesetz ein Ehegatte Scheidung begehren, wenn der andere Ehegatte durch ehrloses und unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, daß die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann. Erfüllt ein solches Verhalten einen Straftatbestand, ist der Ehegatte deswegen verurteilt und die Verurteilung getilgt worden, hat der andere Ehegatte aber gleichwohl noch kein Scheidungsbegehren gestellt, dann wird dieses in der Regel wohl daran scheitern, daß er seinem Partner verziehen hat (§ 49 Ehegesetz). Ist dies aber nicht der Fall, dann steht einem solchen Begehren auch die wiedererlangte Integrität des Verurteilten nicht entgegen, weil das Gesetz nicht in der Lage ist, ein zerstörtes Vertrauensverhältnis zwischen den Ehegatten wieder herzustellen. Dies vermag allein die Verzeihung.³⁷⁶⁾

Gemäß § 6 Abs. I Ehegesetz darf eine Ehe nicht geschlossen werden zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit dem er den Ehebruch begangen hat, wenn dieser Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt ist. Gemäß § 6 Abs. II Ehegesetz kann das Vormundschaftsgericht jedoch Befreiung von diesem Ehehindernis erteilen. Ist der ehebrecherische Gatte oder sind beide Ehebrecher wegen Ehebruchs verurteilt³⁷⁷⁾ und ist die Strafe getilgt worden, dann könnte darin eine iusta causa des Dispenses liegen³⁷⁸⁾. Das Ehehindernis des § 6 Ehegesetz soll aber der

376) im Ergebnis ebenso Oetker, S. 211

377) Beide können Täter nach § 172 StGB sein - Schönke-Schröder, § 172 StGB, Rn. 6.

378) so Oetker, S. 210

Wahrung der ehelichen Treue dienen, und dieser Zweck besteht ganz unabhängig von einer eventuellen Bestrafung, weil der Ehebruch zugleich Ehehindernis und Straftatbestand ist. Außerdem besagt die Straftilgung im Falle des Ehebruchs gar nichts, weil der treulose Gatte, da geschieden, einen weiteren Ehebruch allenfalls in einer inzwischen neu eingegangenen Ehe hätte begehen können. Die Erteilung oder Versagung des Dispenses hat daher unabhängig von der Straftilgung und allein danach zu erfolgen, ob die neue Ehe Aussicht auf Bestand bietet oder nicht.³⁷⁹⁾

Teilweise ähnlich wie bei der Verzeihung im Eherecht ist die Rechtslage im Erbrecht, weil es auch hier entscheidend auf das persönliche Verhältnis zwischen Erblasser und Erben ankommt. So kann der Pflichtteil entzogen werden, wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt (§ 2333 Ziff. 5 BGB). Die Entziehung des Pflichtteils ist jedoch unwirksam, wenn der Abkömmling zur Zeit des Erbfalles sich von einem solchen Lebenswandel dauernd abgewendet hat (§ 2336 Abs. IV BGB). Ist der Pflichtteilsberechtigte wegen jenes Lebenswandels verurteilt worden, so vermag die erlangte Straftilgung als Nachweis des Wohlverhaltens zu dienen. Dagegen ergibt sich für die übrigen Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 BGB aus § 2337 BGB, daß sie nur dann nicht mehr gelten, wenn der Erblasser dem Berechtigten verzeihen hat. Es wäre auch verfehlt, die höchstpersönliche Entscheidung eines Erblassers, wem er etwas zukommen lassen will, durch die schematische Regelung der Straftilgung zu ersetzen.

379) Vgl. § 6 der Ersten Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 27.7.1938 (RGBl. I, 923).

Dasselbe gilt sinngemäß für die Erbunwürdigkeitsgründe des § 2339 BGB. Auch hier bestimmt § 2342 BGB, daß die Anfechtung des Erbschaftserwerbs, durch die die Erbunwürdigkeit geltend zu machen ist (§ 2340 Abs. I BGB), ausgeschlossen ist, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat.³⁸⁰⁾

Beispiele dafür, daß durch die Straftilgung die frühere Rechtslage nicht uneingeschränkt wiederhergestellt wird, liefert schließlich auch das Familienrecht. Gemäß § 1676 Abs. I Satz 1 BGB verwirkt ein Elternteil die elterliche Gewalt, wenn er wegen eines an dem Kinde geübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt wird. Eine derart grobe Pflichtverletzung läßt weitere gedeihliche Erziehung und Leitung des Kindes durch den verurteilten Elternteil unmöglich erscheinen. Sie zerstört das enge seelische Band zwischen Kind und Eltern, das auf Vertrauen, Respekt und Pietät³⁸¹⁾ seitens des Kindes und Liebe und Fürsorge seitens der Eltern begründet ist. Die Folgen dieser Pflichtverletzung bleiben auch nach Wiederherstellung der Integrität des Verurteilten bestehen.

Dasselbe gilt sinngemäß von der Regelung des § 1666 Abs. I Satz 1 BGB. Hiernach hat das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Maßregeln zu treffen, wenn u. a. Vater oder Mutter sich eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels schuldig machen. Auch hier steht das Kindeswohl im Vordergrund, so daß das Vormundschaftsgericht in seiner Entscheidung über die Aufrechterhaltung der getroffenen Maßnahmen nicht dadurch gebunden ist, daß die den mißbilligten

³⁸⁰⁾ im Ergebnis ebenso Oetker, S. 209

³⁸¹⁾ Oetker, S. 204

Lebenswandel indizierende Verurteilung getilgt worden ist.³⁸²⁾ Die Tilgung kann aber Anlaß zu der Prüfung sein, ob aufgrund des § 1696 BGB die nach § 1666 BGB getroffene Entscheidung aufgehoben oder abgeändert werden kann, weil der verurteilte Elternteil aufgrund einer besseren Einsicht und eines gestärkten Verantwortungsbewußtseins für die Zukunft die Gewähr für eine ordnungsmäßige Erziehung bietet.³⁸³⁾

In allen diesen Fällen, in denen die Straftilgung deshalb als wirkungslos angesehen wurde, weil sie nicht in der Lage ist, die Beeinträchtigung oder Zerstörung eines engen persönlichen Verhältnisses zu beseitigen, leiten Altmann-Jacob³⁸⁴⁾ und Oetker³⁸⁵⁾ dasselbe Ergebnis aus § 3 des österreichischen Tilgungsgesetzes von 1918 ab, wonach durch die Straftilgung Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden dürfen. Eine vergleichbare Regelung fehlt im deutschen Recht. Eine Prüfung, ob dieser Grundsatz nicht sinngemäß übernommen werden könnte, erübrigt sich jedoch, weil die Regelung wenig prägnant ist. Sie ließe sich ebensogut auch auf alle Dienst- oder Arbeitsverhältnisse anwenden mit der Folge, daß auch dort die Straftilgung ohne Belang wäre. Daß dort jedoch andere Grundsätze gelten, wurde bereits festgestellt.

Ebensowenig ist der Grund für die Nichtberücksichtigung der Tilgung darin zu suchen, daß die Rechtslage die gleiche wäre, wenn der Erbnunwürdige, etc. gar nicht verurteilt worden wäre.³⁸⁶⁾ Dasselbe Ar-

382) ebenso Oetker, S. 204

383) Staudinger-Göppinger, § 1666 BGB, Rn. 314

384) Altmann-Jacob, § 3 TilgG, Anm. 5, S. 1237

385) Oetker, S. 214

386) Altmann-Jacob, § 3 TilgG, Anm. 5, S. 1237

gument - es komme nicht auf die Verurteilung an, sondern auf die Straftat - benutzt auch die Rechtsprechung³⁸⁷⁾, um die getilgte Verurteilung gleichwohl als Strafschärfungsgrund berücksichtigen zu können. Auch diese Argumentation haben wir jedoch bereits als Umgehung der Tilgungswirkungen erkannt.

Nicht weil die Tilgung nicht hindere, an die Straftat anzuknüpfen, bleibt sie unberücksichtigt, sondern weil sie nicht in der Lage ist, die Beeinträchtigung oder Zerstörung eines engen persönlichen Verhältnisses zu beseitigen.

Unter "Rechten Dritter" im Sinne des § 3 des österreichischen Tilgungsgesetzes von 1918 werden jedoch auch - und insbesondere - Schadensersatzansprüche des Verletzten verstanden.³⁸⁸⁾ Zu demselben Ergebnis gelangt man aber auch ohne eine ausdrückliche Vorschrift im deutschen Recht. Dient die Straftat als Grundlage eines Schadensersatzanspruches, dann wird durch ihre Erwähnung die wiederhergestellte Integrität des Verurteilten nicht berührt, weil nicht an die ehrenmindernde Wirkung der Verurteilung angeknüpft wird. Insoweit kann die getilgte Strafe daher herangezogen werden.

5. Die Wirkungen der Straftilgung wären nur unvollständig, wenn der Verurteilte nicht auch strafrechtlich davor geschützt wäre, daß ihm die Verurteilung oder die zugrunde liegende Straftat vorgeworfen werden könnten. Der Versuch, hier spezielle Strafvorschriften zu schaffen, ist schon mehrfach unternommen worden, ohne daß jedoch einer der Entwürfe Gesetz ge-

387) BGHSt. 6, 243 (245 f) - "Ehrbarkeit" des Leiters eines Kreditinstitutes

388) Altmann-Jacob, § 3 TilgG, Anm. 5, S. 1237; Oetker, S. 214

worden wäre.³⁸⁹⁾ Hier soll lediglich untersucht werden, ob eine Bestrafung nicht schon nach geltendem Recht möglich ist.³⁹⁰⁾

In Frage kommen die §§ 185, 186 und 187 StGB. Nach § 186 StGB wird bestraft, wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist.

Wird die Tatsache der Bestrafung verbreitet, dann ist der Tatbestand dieser Vorschrift erfüllt. Der Wahrheitsbeweis kann auch nicht erbracht werden. Die Wahrheit ist nämlich nicht, daß der, dessen Strafe getilgt worden ist, das Delikt begangen und daß es dabei sein Bewenden gehabt hat, sondern daß seine Ehre wiederhergestellt ist. Der ehrenmindernde Charakter der Tatsache der Bestrafung wird durch die Tatsache der Tilgung wieder aufgewogen, weil die getilgte Strafe als nicht existierend gilt.³⁹¹⁾ In der Behauptung nur des ersten Faktums liegt eine Halbwahrheit, da ein Bruchstück aus einem Tatsachenzusammenhang mit dem Anschein auftritt, ein Ganzes zu sein. Im Verschweigen des anderen Bruchstückes aber liegt die Unwahrheit.³⁹²⁾

Zum Vorsatz ist lediglich das Bewußtsein des Täters erforderlich, daß die Tatsache geeignet ist, den anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, nicht dagegen das Bewußt-

389) dazu näher Dünnebier, JZ 1958, 713 ff

390) verneinend Hartung, JR 1952, 45

391) Gürtner, DJ 1939, 820

392) Oetker, S. 212

sein der Unwahrheit der Tatsache.³⁹³⁾ Infolgedessen kann auch nicht eingewandt werden, die hier vertretene Ansicht lege dem Täter die Pflicht auf, sich über die Tatsache der Tilgung Gewißheit zu verschaffen; eine solche Pflicht aber existiere nicht. Denn § 186 StGB stellt das Verbreiten einer ehrenrührigen Tatsache unabhängig davon unter Strafe, ob der Täter die Unwahrheit kennt oder nicht.³⁹⁴⁾ 395)

Hat der Täter dagegen auch Kenntnis von der Straftilgung, verbreitet er gleichwohl aber nur die Tatsache der Verurteilung, dann verbreitet er wider besseres Wissen eine unwahre Tatsache, macht sich also nach § 187 StGB strafbar.³⁹⁶⁾

Verbreitet er schließlich sowohl die Tatsache der Bestrafung, als auch die der Tilgung, so sollte man annehmen, daß die Wahrheit dieser Tatsachenbehauptungen gegenüber Dritten die Strafbarkeit des Täters ausschliesse, wenn sich nicht aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschieht, eine Beleidigung ergibt.³⁹⁷⁾

Indessen ist die Beleidigung ein Angriff auf die Ehre eines anderen.³⁹⁸⁾ Der Umfang der Ehre aber

393) Schönke-Schröder, § 186 StGB, Rn. 18 - h. M.

394) Schönke-Schröder, § 186 StGB, Rn. 10

395) a. A. wohl Dünnebier, JZ 1958, 718, ohne Begründung, der aber zum geltenden Recht nicht ausdrücklich Stellung nimmt.

396) ebenso Oetker, S. 212; Wachenfeld, GA Bd. 54 (1907), 168

397) Schönke-Schröder, § 186 StGB, Rn. 10; Schönke-Schröder, § 185 StGB, Rn. 2

398) Schönke-Schröder, § 185 StGB, Rn. 1; LK-Schaefer, § 185 StGB, Vorbem. I 1

unterliegt Schwankungen, die von der Lebensführung der Persönlichkeit abhängen. "Die Ehre ist daher immer als aktueller Wert, wie er im Augenblick des Angriffs bestand, zu bestimmen."³⁹⁹⁾ Eine getilgte Verurteilung aber vermag die "aktuelle" Ehre des Verurteilten nicht mehr zu beflecken. Mangels Aktualität des Vorwurfes ändert daher auch der Beweis der Wahrheit nichts an der Ehrenkränkung.⁴⁰⁰⁾ In der Regel wird auch - von § 193 StGB abgesehen - kein vernünftiger Grund vorliegen, dem Verurteilten vorzuwerfen, er sei zeitweise kein Ehrenmann gewesen, so daß grundsätzlich die Verbreitung von Bestrafung und Tilgung den Tatbestand des § 185 StGB erfüllen wird.⁴⁰¹⁾ ⁴⁰²⁾

Eine Beleidigungsabsicht ist nicht erforderlich; vielmehr genügt das Bewußtsein, daß die Kundgebung zur Ehrenkränkung geeignet ist⁴⁰³⁾, und dieses Bewußtsein wird regelmäßig vorhanden sein. Nur auf diese Weise wird auch vermieden, daß der Täter dem Verurteilten durch Verbreitung der Bestrafung schaden, sich selbst aber durch gleichzeitige Erwähnung der Straftilgung schützen könnte.

399) LK-Schaefer, § 185 StGB, Vorbem. I 3

400) ebenso LK-Schaefer, § 185 StGB, Anm. II 3 a: "Das wird bei der aus unsachlichen (z. B. politischen) Motiven erfolgenden Ausgrabung einer längst durch einwandfreien Lebenswandel gesühnten, weit zurückliegenden Jugendsünde praktisch (Grundgedanke auch der Rehabilitation Vorbestrafter!)"

401) ohne daß es auf die Frage ankäme, ob § 186 StGB gegenüber § 185 StGB etwa das speziellere Delikt ist; dazu Schönke-Schröder, § 186 StGB, Rn. 21.

402) LK-Schaefer, § 185 StGB, Anm. II 3 a; im Ergebnis ebenso Oetker, S. 213

403) BGHSt. 1, 291

III. Wir haben versucht, die Frage nach den Wirkungen der Straftilgung unter Anlehnung an das österreichische Recht zu beantworten, weil dieses den gleichen Gedanken wie das deutsche Recht prägnanter formuliert. Zwar sind im deutschen Recht Reformbestrebungen im Gange, jedoch soll dem Vernehmen nach an der Formulierung der Tilgungswirkungen nichts geändert werden⁴⁰⁴⁾, ja sie sollen teilweise sogar noch weiter eingeschränkt werden⁴⁰⁵⁾. Eine Übernahme der Österreichischen Regelung, die ja keine Änderung in der Sache selbst bedeutete⁴⁰⁶⁾, wäre jedoch zu empfehlen.

Der jetzige § 5 Abs. II StTG wäre dann entbehrlich. § 4 Abs. IV StTG wäre unter Übernahme der österreichischen Formulierung als neuer § 5 Abs. II StTG einzufügen. An sich genügte es zu bestimmen: "... so gilt der Verurteilte fortan als gerichtlich unbescholten." Der Deutlichkeit halber könnte jedoch auch der jetzige § 4 Abs. IV Satz 1 und 2 StTG mit übernommen werden, was in ähnlicher Form auch in § 7 Abs. IV des österreichischen Tilgungsgesetzes von 1951 steht. Die Klausel in Satz 2, "... soweit nicht eine andere noch nicht getilgte Verurteilung entgegensteht", wäre jedoch überflüssig, weil nach § 2 Abs. I StTG selbstverständlich.

§ 5 Abs. II StTG neuer Fassung würde demnach lauten:

"Ist der Vermerk über eine Verurteilung im Strafregister getilgt, so gilt der Verurteilte fortan als gerichtlich unbescholten. Er darf jede Auskunft über die Tat und über die Strafe verweigern und sich als unbestraft bezeichnen."

404) Dünnebier, JZ 1958, 718

405) vgl. Kohlhaas, DRiZ 1957, 180

406) s. o. S. 63 f, 74 f

Lebenslauf:

Ich wurde am 24. Dezember 1938 als Sohn des Studienrats und jetzigen Oberstudiendirektors Heinrich Gesser und seiner Ehefrau Margarete, geb. Bringmann, in Hanau/Main geboren. Von Herbst 1944 bis Ostern 1949 besuchte ich die Volksschule, von Ostern 1949 bis Ostern 1955 das Realgymnasium in Seligenstadt/Hessen, anschließend die Hohe Landesschule - Gymnasium für Jungen - in Hanau/Main, wo ich am 12. März 1958 die Reifeprüfung ablegte. Sodann studierte ich 4 Semester an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt/Main und 5 Semester an der Philipps-Universität in Marburg Rechtswissenschaft und bestand am 4. Februar 1963 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Frankfurt. Ab 16. April 1963 war ich im Vorbereitungsdienst des Landes Hessen, ab 20. April 1964 im Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen im Oberlandesgerichtsbezirk Köln beschäftigt. Am 7. August 1967 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf. Seit 2. Oktober 1967 bin ich als Finanzassessor am Finanzamt Bonn-Stadt tätig.

